

DROIT PRIVÉ

PRÉCIS

Droit commercial Sociétés commerciales

Philippe Merle

13^e édition

www.precis.dalloz.fr

DALLOZ

Droit commercial

Sociétés
commerciales

Droit commercial

Sociétés commerciales

13^e édition

2009

Philippe Merle

Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

avec la collaboration de

Anne Fauchon

Maître de conférences à l'Université Paris 13

DALLOZ



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux - 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© ÉDITIONS DALLOZ - 2009

ISBN : 978-2-247-08452-4

Depuis la septième édition, le *Précis* s'est enrichi d'une importante contribution de droit fiscal, due à Anne Fauchon, Maître de conférences à l'Université Paris 13.

Dans un souci pédagogique constant, les principales dispositions du droit fiscal applicables au droit des sociétés sont le plus souvent possible présentées sous forme de tableaux et d'exemples chiffrés.

AVERTISSEMENT

Le nouveau Code de commerce issu de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, qui est entré immédiatement en vigueur, a notamment intégré dans son livre II, « Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique », la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique et la loi n° 89-377 du 13 juin 1989 sur les groupements européens d'intérêt économique.

L'ordonnance qui était relative à la partie législative du code (articles précédés de la lettre « L. ») a été ratifiée par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 (art. 50).

Avec la nouvelle numérotation adoptée par le Code, le premier chiffre représente le livre dans lequel se situe la disposition, le deuxième le titre et le troisième le chapitre. C'est ainsi que l'article L. 221-3 est le troisième article du chapitre 1^{er}, du Titre II, du Livre II.

La partie réglementaire du Code de commerce est issue du décret n° 2007-431 du 25 mars 2007. Les articles « R » correspondent aux décrets pris après avis du Conseil d'État et les articles « D » aux décrets « simples ».

Une partie « arrêté » (articles « A ») a été introduite dans le Code de commerce par un arrêté du 14 janvier 2009 qui a ainsi codifié plus d'une centaine d'arrêtés.

Dans le *Précis*, nous n'indiquerons les articles issus du Code de commerce que par les lettres L., D., R. ou A.

En revanche, pour les textes du **Code monétaire et financier**, issus pour la partie législative de l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 et pour la partie réglementaire de deux décrets du 2 août 2005, nous ferons suivre le numéro d'article de la mention « C. mon. ».

À jour au 1^{er} août 2009.

SOMMAIRE

Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage

INTRODUCTION.....		1
PARTIE 1	RÈGLES COMMUNES À TOUTES LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES	43
Chapitre 1	Caractères fondamentaux des sociétés.....	45
Chapitre 2	Le contrat de société.....	74
Chapitre 3	La personnalité morale des sociétés	105
PARTIE 2	RÈGLES PROPRES À CHAQUE TYPE DE SOCIÉTÉS	161
TITRE 1	LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES	163
Chapitre 1	La société en nom collectif	165
Chapitre 2	La société en commandite simple	189
TITRE 2	LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE.....	197
Chapitre 1	La société à responsabilité limitée de type traditionnel (SARL)	199
Chapitre 2	L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)	260
TITRE 3	LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX	273
Sous-titre 1	La société anonyme	275
Chapitre 1	La constitution de la société anonyme.....	285
Chapitre 2	Les valeurs mobilières	299
Chapitre 3	Les organes de gestion de la société anonyme	416
Chapitre 4	Les assemblées générales d'actionnaires	546
Chapitre 5	Les organes de contrôle	588
Chapitre 6	Les salariés	631
Chapitre 7	La vie de la société anonyme	658
Sous-titre 2	La société en commandite par actions.....	718
Sous-titre 3	La société par actions simplifiée (SAS).....	725

TITRE 4	LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION. LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT	743
Chapitre 1	La société en participation.....	745
Chapitre 2	La société créée de fait.....	761
TITRE 5	LE GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE (GIE) ..	767
PARTIE 3	LES GROUPES DE SOCIÉTÉS.....	785
Chapitre 1	Les liens contractuels.....	789
Chapitre 2	Les liens financiers.....	793
Chapitre 3	Les fusions et scissions.....	875

LISTE DES OUVRAGES CITÉS PAR LE SEUL NOM DES AUTEURS

- P. Bézard, *La société anonyme*, Montchrestien, 1986.
- J.-J. Bienvenu et T. Lambert, *Droit fiscal*, PUF, Droit fondamental, Classiques, 3^e éd., 2003.
- M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 32^e éd., 2008-2009.
- M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^e éd., 1999.
- M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 21^e éd., 2008.
- C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.F. Racine, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 5^e éd., 2009.
- O. Debat, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2008.
- P. Didier, *Droit commercial*, T. 2, *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, Thémis, PUF, 1999 ; T. 3, *La monnaie, les valeurs mobilières, les effets de commerce*, Thémis, PUF, 1999.
- P. Didier et Ph. Didier, *Droit commercial*, T. 1, « Introduction générale, l'entreprise commerciale », Economica, 2005.
- J.-B. Geffroy et J.-P. Fradin, *Traité du droit fiscal de l'entreprise*, PUF, Droit fondamental – Traités, 2003.
- Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003.
- J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, Dalloz, T. I, 1972 ; T. II, 1974 ; T. III, 1978.
- M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2006.
- M. de Juglart et B. Ippolito, *Les sociétés commerciales*, par J. Dupichot, Montchrestien, 10^e éd., 1999.
- C. de Lauzainghein, J.-L. Navarro, D. Nechelis, *Droit comptable*, Précis Dalloz, 3^e éd., 2004.
- P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Domat-Montchrestien, 2^e éd., 2003.
- J.-P. Le Gall, *La fiscalité des entreprises commerciales*, Mémento Dalloz, 10^e éd., 2001.
- Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, 2009 (par A. Charveriat, A. Couret et B. Zabala avec le concours de B. Mercadal).
- Mémento Lefebvre Fiscal*, 2009.
- E. Féna-Laguén, J.-Y. Mercier et B. Plagnet, *Les impôts en France*, Francis Lefebvre, 40^e éd., 2008.
- Ph. Merle et E. Chevallier-Merle, *L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, Dalloz, 1976.
- J. Mestre et D. Velardocchio ou *Lamy sociétés*, *Lamy sociétés commerciales*, éd. 2009.
- M. Pédamon, *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2000.
- J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 24^e éd., 2008.

- G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. 1, vol. 2, 19^e éd. par M. Germain, avec le concours de V. Magnier LGDJ, 2009.
- P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2009.
- P. Serlooten, *Le statut fiscal des dirigeants de sociétés*, Litec, 2002.
- B. Sousi-Roubi, *Lexique de la banque et des marchés financiers*, 6^e éd., Dunod, 2009.
- D. Vidal, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^e éd., 2008.

ABRÉVIATIONS UTILISÉES

<i>ALD</i>	Actualité Législative Dalloz
<i>ANSA</i>	Publication de l'Association nationale des sociétés par actions
<i>Banque</i>	Revue Banque
<i>BCNCC</i>	Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes
<i>BF Lefebvre</i>	Bulletin fiscal Francis Lefebvre
<i>BODGI</i>	Bulletin officiel de la direction générale des impôts
<i>BOI</i>	Bulletin officiel des Impôts
<i>BRDA</i>	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
<i>Bull. COB</i>	Bulletin mensuel de la Commission des opérations de bourse
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin mensuel d'information des sociétés (Joly)
<i>CGI</i>	Code général des impôts
<i>C. mon.</i>	Code monétaire et financier
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>DA</i>	Doctrine administrative
<i>D. aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dr. fisc.</i>	Droit fiscal
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés (Bulletin du juris-classeur des sociétés)
<i>FR</i>	Feuillet rapide Francis Lefebvre
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>J.-cl. stés</i>	Juris-classeur des sociétés (traité théorique et pratique)
<i>JCP</i>	Semaine Juridique, édition générale
<i>JCP E</i>	Semaine Juridique, édition entreprise
<i>JCP N</i>	Semaine Juridique, édition notariale et immobilière
<i>Joly Bourse</i>	Bulletin Joly, Bourse et produits financiers
<i>Journ. agréés</i>	Journal des agréés
<i>Journ. notaires</i>	Journal des notaires et des avocats
<i>Journ. sociétés</i>	Journal des sociétés
<i>LPF</i>	Livre des procédures fiscales
<i>Memento Fiscal</i>	Mémento pratique Francis Lefebvre Fiscal, 2007

<i>Notes bleues</i>	Les Notes bleues du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget
<i>Quot. jur.</i>	Quotidien juridique
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. bancaire</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>Rev. fr. compt.</i>	Revue française de comptabilité
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJF</i>	Revue de jurisprudence fiscale
<i>RSC</i>	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen

Liste des principaux sites internet mentionnés dans le Précis

<i>AMF (Autorité des marchés financiers)</i>	www.amf-france.org
<i>ANSA (Association nationale des sociétés par actions)</i>	www.ansa.fr
<i>Assemblée nationale</i>	www.assemblee-nationale.fr
<i>CCIP (Chambre de commerce et d'industrie de Paris)</i>	www.ccip.fr/
<i>CNCC (Compagnie nationale des commissaires aux comptes)</i>	www.cncc.fr
<i>Euroclear (ex Sicovam)</i>	www.euroclear.com
<i>H3C (Haut conseil du commissariat aux comptes)</i>	www.h3c.org
<i>IFA (Institut français des administrateurs)</i>	www.ifa-asso.com
<i>Infogreffe</i>	www.infogreffe.fr
<i>Institut Montaigne</i>	www.institutmontaigne.org
<i>Medef</i>	www.medef.fr
<i>Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploi</i>	www.minefe.gouv.fr
<i>Nyse Euronext (Bourse de Paris)</i>	www.euronext.com
<i>Sénat</i>	www.senat.fr

INTRODUCTION

1 **Définition** ◇ La définition de la société est donnée par l'article 1832 du Code civil, qui dispose :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter... » (al. 1^{er}).

« Les associés s'engagent à contribuer aux pertes » (al. 3).

Exceptionnellement, dans les seuls cas prévus par la loi, une société peut même être instituée par l'acte de volonté d'une seule personne (al. 2) ¹.

Les sociétés sont de formes et de dimensions très variables, pouvant comprendre aussi bien deux associés dans une SARL, dont l'un détient la quasi-totalité des parts sociales, que plusieurs millions d'actionnaires ². Leur poids dans la vie économique est beaucoup plus important que celui des entreprises individuelles qui sont pourtant plus nombreuses ; et les sociétés anonymes, près de quinze fois moins nombreuses que les SARL, réalisent un chiffre d'affaires six fois supérieur.

Après avoir indiqué dans deux tableaux statistiques la place des différentes sociétés suivant leur type et des groupements d'intérêt économique, nous envisagerons dans cette Introduction, les intérêts qu'il y a de recourir à la société (§ 1) et présenterons les différents types de sociétés (§ 2). Nous indiquerons ensuite quelle est la réglementation des sociétés commerciales (§ 3) en marquant spécialement l'influence du Traité de Rome (§ 4). Puis nous préciserons la nature juridique de la société (§ 5).

1. Actuellement, peuvent être instituées par une seule personne, l'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, *infra*, n^{os} 231 s.), la SEL (société d'exercice libéral, *infra*, n^o 10), la SASU (société par actions simplifiée unipersonnelle, *infra*, n^{os} 595-18 s.), l'EUSRL (entreprise unipersonnelle sportive à responsabilité limitée, L. 28 déc. 1999, modif. L. 16 juill. 1984, art. 11). La société européenne (*infra*, n^o 20-1) peut également être unipersonnelle (art. L. 229-6).

2. En 1997, *France Télécom*, lors de sa privatisation, avait attiré 3,8 millions d'actionnaires individuels. Un mois après le début des cotations en bourse, leur nombre s'était réduit de moitié (*La Tribune*, 18 nov. 1997).

2 Tableaux statistiques ◇

Répartition des sociétés suivant leur forme juridique

Type de société	Janvier 1999	Janvier 2004	Janvier 2007
SARL	770 661	984 625	1 550 637
SA	168 900	128 085	133 158
SAS	—	63 624	110 276
SNC	31 169	37 298	59 043
GIE	9 190	16 846	15 966
GEIE	183	200	212
Commandites	1 573	2 919	2 629
Sociétés civiles	160 809	1 111 649	1 351 613

Source : Statistiques tirées des fichiers de l'INSEE sur les sociétés en activité.

Observations :

- Les SARL représentent plus de 80 % des sociétés commerciales.
- La forme de la société anonyme est beaucoup moins volontiers adoptée. Elle est en passe d'être rattrapée par les SAS. Il est possible que dans l'avenir, la SA soit pratiquement réservée aux seules sociétés faisant des offres au public d'instruments financiers (*infra*, n° 14).
- Les sociétés civiles, de natures très diverses, et en particulier les SCI, ont pris une place importante dans notre vie économique (*infra*, n° 11).

**Nombre de sociétés immatriculées
au greffe du tribunal de commerce de Paris ***

	SARL (dont EURL)	SA	SAS	SNC	SCS	SCA	GIE	Sociétés civiles
1989	13 351	2 765	—	764	29	17	195	3 735
1995	14 021	2 015	399	472	20	12	111	3 156
2000	17 031	2 201	1 684	596	346	31	100	4 902
2002	16 076	726	1 664	828	10	8	85	11 285 (a)
2004	18 260	340	1 697	621	14	0	93	6 705
2006	20 324	488	2 582	1 528	15	8	66	6 453
2007	21 325	486	2 935	1 951	10	11	80	6 484
2008	21 187	428	2 564	2 437	8	18	68	5 243

* Renseignements aimablement fournis par le greffe du tribunal de commerce de Paris.

(a) Alors que chaque année les immatriculations de sociétés civiles se situaient à un très haut niveau, l'explosion constatée en 2002 s'explique par l'obligation faite aux sociétés civiles constituées avant le 1^{er} juillet 1978 de s'immatriculer avant le 1^{er} novembre 2002, sous peine de perdre leur personnalité morale (art. 44 de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques).

Observations :

- En 2008, du fait de la crise, le nombre des immatriculations de sociétés a diminué de 4 %.
- Les immatriculations de SARL demeurent toujours de loin les plus nombreuses. Elles représentent près de 80 % des créations de sociétés commerciales. Un quart des créations de SARL se fait sous forme d'EURL.
- Alors que le nombre de création de SA diminue, les SAS connaissent toujours un grand succès qui va s'accroître avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui leur permet de se constituer avec un capital social librement fixé par les statuts et sans commissaire aux comptes, dès lors qu'elles n'atteignent pas certains seuils ou qu'elles ne font pas partie d'un groupe (*infra*, n° 595-5 et 595-11).
- Seulement six sociétés européennes (*infra*, n° 20-1) et trois GEIE (*infra*, n° 634-1 s.) ont été immatriculés dans le ressort du tribunal de commerce de Paris en 2008.

§ 1. Intérêts du recours à la forme sociale

La décision de créer une société peut être motivée par une ou plusieurs raisons qui peuvent se cumuler. Si, quelquefois, la création d'une société s'impose, en particulier pour répondre à d'impératifs besoins financiers, l'hésitation est souvent permise, pour l'entreprise de petite dimension en particulier. Les avantages escomptés dans les domaines patrimonial, fiscal, social ne sont pas tels qu'ils compensent l'alourdissement de la gestion qui va en résulter, les frais de constitution de la société et le risque de perdre le contrôle de l'entreprise.

3 Intérêts financiers ◇ Si l'activité et les ressources d'un seul individu peuvent suffire pour créer une entreprise ne nécessitant pas au départ de gros investissements, son développement passe nécessairement, et très vite, par une augmentation des sommes engagées et par un recours au crédit bancaire.

C'est généralement sur les conseils de son expert-comptable et de son banquier que l'entrepreneur individuel décidera de se « mettre en société », tentant d'intéresser à son entreprise des membres de sa famille, des amis qui lui font confiance et sur lesquels il doit pouvoir également compter pour garder la maîtrise de son affaire.

Certains s'associeront à lui en apportant à la société créée de l'argent, plus rarement des biens (immeuble, brevet...), destinés à former le capital social. D'autres, sans devenir nécessairement associés, et croyant peut-être moins s'engager, mais à tort — ô combien —, fourniront une sûreté personnelle (cautionnement) ou réelle (hypothèque), indispensables à l'obtention de tout crédit bancaire lorsque la société ne comprend que des associés ayant une responsabilité limitée à leurs apports (société anonyme, SAS, société à responsabilité limitée) ou des associés dont la responsabilité est indéfinie, mais qui ont une surface financière insuffisante (associés de société en nom collectif, commandités de la société en commandite simple ou par actions).

Pour les grandes entreprises, commerciales et industrielles, qui ont besoin de capitaux considérables, la société par actions qui est pratiquement toujours une société anonyme, exceptionnellement une commandite par actions, permet seule de faire appel public à l'épargne. Elle peut, par exemple, inviter les actionnaires existants et les tiers à souscrire à une augmentation de capital, ou solliciter les épargnants pour qu'ils lui prêtent de l'argent, dans le cadre d'un emprunt obligataire contre versement d'un intérêt annuel.

La Compagnie financière de *Paribas* qui avait été privatisée en janvier 1987 avait lancé dès le mois de juillet de la même année une opération d'augmentation de capital (sous forme d'actions à bons de souscription d'actions) qui lui avait permis de recueillir plus de 4 milliards de francs.

La société par actions permet également d'assurer facilement des rapprochements entre sociétés (prises de participations, fusions) et la constitution de groupes (société mère et filiales). Les plus importants d'entre eux dominent l'économie mondiale.

4 **Intérêts juridiques** ◇ La création d'une société dotée d'un patrimoine propre, distinct de celui de ses associés présente de nombreux avantages.

– Dans le cadre d'une entreprise individuelle, tous les biens de l'entrepreneur qui fait le commerce sont engagés ¹. S'il ne veut pas risquer la totalité de sa fortune, ce qui est parfaitement légitime, il n'a que deux possibilités : l'une, qu'on ne saurait recommander, qui consisterait à dissimuler une partie de ses biens, pour les mettre à l'abri des poursuites de ses créanciers ², l'autre qui réside dans la création d'une société, où sa responsabilité est limitée à son apport : société à responsabilité limitée (SARL) ; entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ; société anonyme (SA) ; société par actions simplifiée (SAS) ; société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU).

La séparation des patrimoines est ainsi opérée, mais, en pratique, elle est loin d'être assurée. D'une part, à l'occasion des ouvertures de crédit consen-

1. Pour sa part, le juge fiscal a consacré le principe de *liberté d'affectation comptable* (concernant les activités commerciales), selon lequel l'entrepreneur individuel, qui est amené pour les besoins de l'exercice de son activité à isoler les biens, droits et obligations y afférents et donc à créer une sorte de « patrimoine » professionnel, peut choisir d'inscrire à son bilan les biens ressortissant de son « patrimoine » privé. Cette liberté, qui joue uniquement en matière d'impôts directs, est limitée par l'obligation pour l'entrepreneur d'inscrire à son patrimoine professionnel tous les éléments qui ne peuvent être utilisés qu'en vue de l'exercice de sa profession (ex. CE 28 déc. 2007, *Vuarand*, *RJF* 3/08, n° 266 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 10, comm. 194) ; la liberté ne vaut donc pratiquement que pour les biens privés (concernant les sociétés de personnes, *infra* n° 13-1).

2. Toutefois, tout entrepreneur individuel peut procéder à une **déclaration d'insaisissabilité** des droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à son usage professionnel (art. L. 526-1 nouv. et s.). Cf. C. Malecki, *D.* 2003, p. 2220 ; P. Bouteiller, *JCP E* 2003, 1359 ; F. Vauvillé, *Bull. Joly* 2003, p. 1117, n° 233 ; Y. Guilhandis et J. Guirec-Raffray, *Pratique de la déclaration notariée d'insaisissabilité*, *JCP E* 2005, 1056. Cf. égal. *infra*, n° 232 ; Ph. Delmotte, *Les vertiges de l'insaisissabilité : de quelques problématiques nées des effets de la déclaration d'insaisissabilité en matière de procédures collectives*, *JCP E* 2009, 1506.

ties par les établissements bancaires, ceux-ci ne se contentent pas de la responsabilité limitée des dirigeants de la société, ils exigent qu'ils s'engagent sur leur patrimoine personnel en qualité de caution. D'autre part, en cas de cessation des paiements de la société ¹, celle-ci est mise en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. En cas d'insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion, ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les pertes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion, si la liquidation judiciaire a été prononcée (art. L. 651-2 nouv.).

La responsabilité limitée risque donc d'être illusoire dès lors que l'entreprise est en difficulté et ne peut plus assurer ses engagements.

Lorsque la société est une société en nom collectif (SNC) tous les associés répondent indéfiniment et solidairement du passif social.

Avant la loi du 26 juillet 2005, si la société était en cessation des paiements, le jugement qui ouvrait son redressement ou sa liquidation judiciaire produisait ses effets à l'égard de tous les associés et le tribunal devait ouvrir à l'égard de chacun d'eux une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (art. L. 624-1 ancien C. com.) ². La loi de sauvegarde a supprimé cette mesure, jugée trop sévère.

– Dans le cadre de l'entreprise individuelle, le décès du commerçant entraîne le plus souvent la disparition de l'exploitation qui tombe en indivision et dont la gestion est difficile à organiser. Au contraire, la société permet généralement d'assurer la pérennité de l'entreprise, en particulier s'il s'agit d'une société anonyme, société de capitaux, dans laquelle la personnalité des associés ne joue pratiquement aucun rôle (*infra*, n° 12), et même s'il s'agit d'une SARL. La société peut en effet continuer avec les héritiers auxquels ont été attribuées les actions de la société anonyme ou les parts de SARL dont le défunt était titulaire.

– La transmission de l'entreprise est plus facile à assurer lorsqu'elle est exploitée sous forme sociale, non seulement en cas de décès, mais surtout lorsque les dirigeants, proches de la retraite souhaitent « passer la main » à leurs enfants ou à des tiers repreneurs ³. La cession d'actions ou de parts

1. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005, reprenant la solution antérieure, définit la cessation des paiements comme étant la situation du débiteur qui est « dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible » (art. L. 631-1 al. 1^{er}). L'ordonnance du 18 décembre 2008 portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté a complété cet alinéa en précisant que « *Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* ».

2. Le droit fiscal, art. 44 septies CGI, prévoit un régime d'exonération de l'impôt sur les sociétés au profit des sociétés créées pour reprendre une entreprise industrielle en difficulté (en cas de cession ordonnée par le tribunal en application des art. L 626-1, L 631-22 et L 642-1 s.).

3. H. Hovasse, R. Gentilhomme et M. Deslandes, *Restructurations de sociétés et droit patrimonial de la famille*, Dr. sociétés, Actes prat. sept./oct. 2002, pour les aspects fiscaux spéc. n°s 51 s. ; B. Pays, *Donner, apporter, vendre : des stratégies patrimoniales alternatives ?*, BF Lefebvre 12-03, p. 877 ;

sociales s'opère facilement et à des conditions fiscales souvent avantageuses, que ce soit à titre gratuit ¹ ou à titre onéreux (v. tableau ci-après).

Droits d'enregistrement dus sur les cessions de droits sociaux ² (art. 726 CGI)

SOCIÉTÉ N'ÉTANT PAS À PRÉPONDÉRANCE IMMOBILIÈRE	
Parts sociales	• 0 € sur la fraction inférieure ou égale à 23 000 € (si la valeur des parts n'excède pas 23 000 €, seul est perçu le droit fixe de 25 €, qui constitue le minimum de perception des droits proportionnels ou progressifs, art. 674 CGI) • 3 % sur la fraction supérieure à 23 000 € ^(a)
Actions	• 3 % plafonné à 5 000 € ^(b)
SOCIÉTÉ À PRÉPONDÉRANCE IMMOBILIÈRE	
Actions négociées sur un marché réglementé	• 3 % plafonné à 5 000 € ^(b)
Autres titres	• 5 %

(a) Plus précisément, il est fait application sur la valeur de chaque part sociale, d'un abattement égal au rapport entre cette somme de 23 000 € et le nombre total de parts sociales de la société (art. 726 III CGI). Par ailleurs, la quote-part de bénéfices laissés par convention au vendeur constitue un élément du prix pour l'assiette du droit de 3 % (Com. 28 nov. 2006, *Saurat*, RJF 3/07, n° 357).

(b) Pour les actions négociées sur un marché réglementé, ce droit n'est exigible que si la cession est constatée par un acte signé en France (art. 726-1 1°, al. 1^{er} CGI).

Exemple : les actions négociées sur un marché réglementé d'une société anonyme française sont cédées par un acte signé à Paris pour un montant de 1 000 000 €.

Les droits d'enregistrement afférents à cette cession s'élèvent à : 5 000 €.

S'il n'y avait pas eu de plafonnement, le total des droits aurait été de 30 000 € (1 000 000 × 3 %).

En revanche, si l'acte était signé à Berlin, aucun droit d'enregistrement ne serait dû en France. Mais, s'il s'agissait d'actions non négociées sur un marché réglementé d'une société anonyme n'étant pas à prépondérance immobilière, les 5 000 € seraient dus même si l'acte était signé à Berlin.

M. Giray, *La transmission de l'entreprise familiale : aspects juridiques et fiscaux*, Revue de droit civil 2004/37, p. 54.

1. Sur la déductibilité des droits de mutation en cas de transmission d'une entreprise relevant de l'impôt sur le revenu : CE 19 févr. 2003, *Tornay*, RJF 5/03, n° 573, Dr. fisc. 2003, n° 28, comm. 524. Sur l'exonération des droits de succession applicables aux transmissions d'entreprises, art. 787 B et 787 C CGI. Sur la réduction des droits de donation, art. 790 CGI. Sur les donations familiales, art. 790 A bis CGI.

2. Sur les cessions massives de droits sociaux, v. *infra*, n° 657.

L'imposition de la cession d'un fonds de commerce est devenue similaire à celle d'une cession de droits sociaux.

Droits d'enregistrement dus sur les cessions de fonds de commerce ¹ (art. 719 CGI)

- 0 € sur la fraction inférieure ou égale à 23 000 € ^(a)
- 3 % sur la fraction comprise entre 23 000 € et 200 000 €
- 5 % sur la fraction supérieure à 200 000 € ^(b)

Exemple : soit un fonds de commerce d'une valeur de 230 000 €

Les droits d'enregistrement afférents à sa cession s'élèvent à :

- pour la fraction inférieure à 23 000 € : 0 € ;
- pour la fraction comprise entre 23 000 € et 200 000 €, soit à hauteur de 177 000 ($177\,000 \times 3\%$) : 5 310 € ;
- pour la fraction supérieure à 200 000 €, soit à hauteur de 30 000 € ($30\,000 \times 5\%$) : 1 500 € ; soit un total de : 6 810 €

(a) Si la valeur totale du fonds n'excède pas le seuil de 23 000 €, seul sera perçu un droit fixe de 25 €.

(b) Afin de favoriser la transmission au profit de la famille ou des salariés d'un fonds d'une valeur inférieure à 300 000 €, l'art. 732 ter CGI (Instr. 2 avr. 2009, BOI 7 D-1-09) instaure, sous conditions, un abattement d'un montant équivalent lorsque la valeur du fonds n'excède pas 1 000 000 €. Il en est de même de l'art. 790 A CGI (Instr. 9 avr. 2009, BOI 7 G-5-09) s'agissant des donations aux salariés.

5 Intérêt fiscal ◇ Le passage de l'entreprise individuelle à l'entreprise sociétaire est souvent guidé par des motifs fiscaux, alors qu'économique-

1. A. Dejoie et F. Phan Thanh, *Les aspects fiscaux de la cession de fonds de commerce*, Defrénois n° 11/09, 38951, p. 1097. Il ne saurait y avoir cession de fonds de commerce sans qu'il y ait cession de clientèle, mais la seule cession de cette dernière suffit à caractériser la première (CA Poitiers 11 avr. 2006, *EURL Bosc Services Ouest Bretagne*, RJF 1/07, n° 92). Par ailleurs, le régime fiscal de la cession de fonds de commerce est étendu, sous conditions, aux cessions de droits au bail et assimilés (art. 725 CGI) : Com. 23 avr. 2003, *SA Auchan France*, RJF 8-9/03, n° 1053 ; Dr. fisc. 2003, n° 38, comm. 649. Il en est de même des conventions dites « de successeur » (art. 720 CGI), qui visent tout contrat conclu à titre onéreux et ayant pour effet de permettre à une personne d'exercer la profession, la fonction ou l'emploi occupé par un précédent titulaire, sans qu'il y ait pour autant cession de clientèle : Note DGI 7 déc. 1998, BOI 7 D-3-98 ; Com. 7 oct. 2008, *Sté Concept Sport*, Dr. fisc. 2008, n° 46, comm. 574. Sur la question sensible de l'application de l'art. 720 à des conventions conclues « intragroupe » (sur les groupes de sociétés, *infra* n° 666 s.) : Instr. 21 août 1995, BOI 7 D-6-95 ; Com. 12 nov. 1996, *Sté Bull*, RJF 2/97, n° 178 (en faveur d'une telle applicabilité) ; Toulouse 14 juin 2004, *SA Canidis*, Dr. fisc. 2004, n° 46, comm. 830 (implicitement).

ment la transformation ne s'impose souvent pas pour les exploitations de dimension modeste ¹. Le choix entre tel et tel type de société est lui aussi fonction de la politique fiscale de l'État en faveur de telle ou telle forme de groupement. Le Trésor public, qui trouve des ressources importantes dans les sociétés, est à l'origine de modes, favorisant pour un temps un type de société, un montage sophistiqué ² ou une opération déterminée.

De façon très schématique, les indications suivantes peuvent être données :

– **Dans l'entreprise individuelle**, l'entrepreneur est soumis pour la totalité du bénéfice à l'impôt sur le revenu (bénéfices industriels et commerciaux, « BIC »), que les bénéfices soient prélevés ou laissés dans l'entreprise. L'exploitant ne peut même pas déduire fiscalement la rémunération de son travail puisque le bénéfice du « salaire fiscal » ne lui est pas reconnu. L'impôt étant progressif, devient donc très lourd si l'entrepreneur réalise des bénéfices importants. Ce dernier peut cependant adhérer à un centre de gestion agréé ³.

– **Dans l'entreprise exploitée sous forme sociale**, la fiscalité varie suivant le type de société adopté.

Les sociétés de personnes ont un statut fiscal comparable aux entreprises individuelles et relèvent de l'impôt sur le revenu (sauf si, exceptionnellement, elles optent pour le régime de l'impôt sur les sociétés) : les bénéfices réalisés sont directement imposés entre les mains des associés (régime de la « semi-transparence ») ⁴.

Dans les sociétés de capitaux (sociétés anonymes, sociétés par actions simplifiée, sociétés à responsabilité limitée), dites « sociétés opaques » ⁵, les bénéfices sont imposés à l'impôt sur les sociétés, l'IS, au taux de 33,1/3 %

1. M. Cozian, *La fiscalité de l'entreprise familiale : Éloge de l'entreprise individuelle*, Defrénois, 2001, n° 5, art. 37315, p. 325. L'art. 199 terdecies-O A CGI qui permet l'obtention d'une réduction d'IR en échange de la souscription au capital d'une PME s'applique aux seules formes sociétaires à l'exclusion des entreprises individuelles.

2. J.-Ph. Dom, *Les montages en droit des sociétés*, préf. P. Le Cannu, Joly 1998 ; D. Cohen, *La légitimité des montages en droit des sociétés*, in *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 261 ; Fl. Deboissy, *Montage sociétaire : attention au risque d'abus de droit*, RTD com. 2003, p. 181. Ex. CE 10 déc. 2008, *Sté Andros et C^{ie}*, RJF 3/09, n° 255 ; Dr. fisc. 2009, n° 20, comm. 323. Sur la nature de la responsabilité encourue à la suite de l'inexécution d'un montage, Com. 5 nov. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 43, n° 8, J. Ph. Dom.

3. *Centres de gestion et associations agréés : vers une meilleure assistance aux PME*, dossier PME, BF Francis Lefebvre 7/08, p. 591. L'adhésion à un centre de gestion agréé (art. 1649 quater C CGI) permet de bénéficier de certains avantages fiscaux, en particulier de la dispense de majoration de la base d'imposition (celle des non-adhérents est majorée de 25 %). Les « petits entrepreneurs » peuvent opter pour le régime des micro-BIC dès lors qu'ils bénéficient de la franchise de TVA ou sont exonérés de cet impôt et que leur chiffre d'affaires annuel n'excède pas, 80 000 € HT pour les ventes et 32 000 € HT pour les services (art. 50-O et 293 CGI ; Instr. 5 janv. 2009, BOI 4 G-1-09). Sur le régime de l'auto-entrepreneur, *infra* n° 6-1.

4. V. *infra* n°s 13 et 13-1.

5. V. *infra* n° 13.

(art. 239-I CGI ¹) ². À celui-ci s'ajoute, pour les sociétés dont le chiffre d'affaires est supérieur ou égal à 7 630 000 € et dont le capital n'est pas détenu pour 75 % au moins par des personnes physiques, la CSB (art. 235 ter ZC CGI ³), égale à 3,3 % de l'IS, après un abattement d'IS de 763 000 € ⁴.

Exemple : Une société anonyme, dont le chiffre d'affaires est supérieur à 7 630 000 € et dont le capital n'est pas détenu par des personnes physiques, réalise un bénéfice imposable de 3 000 000 €.

L'impôt qu'elle devra acquitter sur ses bénéfices se décompose ainsi :

- IS : $3\,000\,000 \times 33,1/3\% = 1\,000\,000$
- CSB : $(1\,000\,000 - 763\,000)$,

soit $237\,000 \times 3,3\% = 7\,821$

Soit un impôt total de : 1 007 821 €

Puis, lorsqu'ils sont distribués aux associés, ils constituent pour chacun d'eux un revenu imposable.

Ce système de double imposition paraît lourd. En réalité, il est tempéré de plusieurs façons : les rémunérations des dirigeants sociaux, si elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard aux services rendus (art. 39-1-1^o CGI) ont la nature de charges déductibles et allègent d'autant l'assiette de l'impôt sur les sociétés ⁵. Les dirigeants sociaux, pour leur propre impôt sur le revenu, sont assimilés à des salariés, même s'ils n'ont pas conclu de contrat de travail avec la société : ils bénéficient comme eux de la déduction forfaitaire de 10 % pour frais professionnels. Enfin les

1. On mentionnera également l'IFA (imposition forfaitaire annuelle des sociétés), qui est une imposition distincte de l'IS et est exigible même en l'absence de bénéfice (art. 223 septies et nonies CGI). Sa suppression est organisée sur trois ans à compter de 2009 (à compter du 1^{er} janv. 2009, la limite supérieure de la première tranche est relevée à 1 500 000 € ; à compter du 1^{er} janv. 2010 à 15 000 000 € ; enfin à compter du 1^{er} janv. 2011, l'IFA est définitivement supprimée).

2. À signaler pour certaines entreprises dites « entreprises nouvelles » la possibilité de bénéficier d'un régime d'exonération temporaire d'IS (art. 44 sexies CGI) ; bénéficient également d'un régime d'allègement d'IS (art. 44 sexies-O A, a et b, CGI) les jeunes entreprises innovantes (JEI) et les jeunes entreprises universitaires (JEU).

3. Instr. Compt. publ. 23 mars 2000, n° 00-0032-A1-A21 ; Décr. 6 juin 2000, n° 2000-498 ; Instr. 26 juin 2002 BOI 4 L-2-02.

4. La contribution sociale sur les bénéfices juridiquement distincte de l'IS, n'est pas déductible des résultats imposables (art. 213 CGI). Par ailleurs, les petites et moyennes sociétés qui remplissent les conditions pour être exonérées de la CSB bénéficient d'un taux d'IS réduit à 15 % dans la limite d'un bénéfice imposable (plus-value à long terme comprise à compter de cette date) de 38 120 € par période de 12 mois (art. 219 I-b CGI ; Instr. 11 oct. 2002, BOI 4 H-4-02) ; ce régime de faveur n'est pas subordonné au respect de l'art. 46 quarter-O ZZ bis A Annexe III CGI, jugé illégal, TA Rennes 30 déc. 2008, *Sté Ets Vétal*, RJF 5/09, n° 435.

5. V. *infra*, n° 390.

distributions régulières de bénéfices ouvrent droit à un régime de faveur (*infra* n° 301).

Si l'on envisage la cession de l'entreprise, les droits d'enregistrement sont relativement lissés (*supra*, n° 4). Ils peuvent s'élever jusqu'à 5 % lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle (pour la fraction du fonds supérieure à 200 000 €), et sont le plus souvent de 3 % pour une cession de parts de SARL (pour la fraction supérieure à 23 000 €) ou d'actions (plafonnement à 5 000 € pour les cessions d'actions).

6 Intérêt social ◇ Le chef d'entreprise individuelle est immatriculé et cotise personnellement aux allocations familiales, aux caisses d'assurance-maladie et d'assurance vieillesse des non-salariés.

Seul le régime de dirigeant d'une société anonyme, d'une SAS ou de gérant minoritaire d'une SARL, soumise à l'impôt sur les sociétés, lui permet de bénéficier du régime social de salarié, avec la possibilité de constituer une retraite des cadres intéressante. Toutefois, il ne bénéficie pas de la protection contre le chômage, sauf à avoir un contrat de travail avec la société.

6-1 Auto-entrepreneur ¹ ◇ La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (« LME ») a mis en place un régime incitatif et simplifié destiné à l'exercice individuel d'une activité indépendante, commerciale ou civile, à titre principal ou accessoire à un statut de salarié ou de retraité. L'auto-entrepreneur est dispensé d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (ou au répertoire des métiers) ² ; il lui suffit de se déclarer au centre de formalité des entreprises (« CFE », *infra*, n° 62 s.). Les obligations comptables de l'auto-entrepreneur sont réduites : il n'est pas soumis à l'obligation d'établir des comptes annuels ; il peut se limiter à la tenue d'un livre de recettes et d'un registre des achats. L'auto-entrepreneur s'acquitte forfaitairement de ses charges sociales et de ses impôts et uniquement sur ce qu'il encaisse. S'il n'encaisse rien, il ne déclare rien et ne paye rien. Au-delà des seuils, il perd le statut d'auto-entrepreneur.

Le bénéfice du statut allégué d'auto-entrepreneur n'est offert qu'à celui bénéficiant par ailleurs du régime des micro-BIC ³. Il permet de n'acquitter qu'un versement libératoire (fiscal et social), calculé en appliquant au montant du chiffre d'affaires ou des recettes hors taxe un taux fixé à 1 % pour les activités de commerce, 1,7 % pour les activités de services (art. L 133-6-8 CSS et 151-0 CGI ⁴). Ces entrepreneurs ne

1. Cf. *Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Auto-entrepreneur*, 2009 ; D. Gallois-Cochet, *Micro-entreprise, micro-entrepreneur et auto-entrepreneur après la LME*, JCP E 2009, 1407. V. égal. le site : www.lautoentrepreneur.fr

2. Art. L. 123-1-1. Cf. L. Nurit-Pontier, *Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risques*, D. 2009, p. 585.

3. *Supra*, n° 5.

4. Instr. 9 avr. 2009, BOI 4 G-3-09.

sont pas soumis à la TVA et sont exonérés de la taxe professionnelle pendant trois ans ¹.

La distinction traditionnelle entre l'entrepreneur individuel et la structure sociétaire s'est ainsi peu à peu brouillée au fil des ans : les structures sociétaires ont pu devenir unipersonnelles avec la possibilité de créer des EURL et des SASU, tandis que l'entrepreneur individuel s'est vu reconnaître une ébauche de patrimoine d'affectation avec la possibilité de déclarer insaisissable l'immeuble où est fixée sa résidence principale (*supra*, n° 4). Le créateur d'entreprise peut aujourd'hui hésiter entre la souplesse de l'entreprise individuelle et le formalisme de la société unipersonnelle. Mais il ne doit pas négliger que, s'il n'est pas en société, sa responsabilité est actuellement illimitée pour les dettes qu'il contracte lors de son activité professionnelle.

Le statut d'auto-entrepreneur connaît un très grand succès : près de 200 000 auto-entrepreneurs se sont déclarés durant les six premiers mois de 2009. 36 % sont des salariés, 25 % des chômeurs et 7 % des retraités (*Les Échos* 22 juillet 2009).

§ 2. Différents types de sociétés

Le passage de l'entreprise individuelle à l'entreprise sociétaire ayant été décidé, reste à choisir la forme de société la mieux adaptée ². Les différents types de sociétés sont si nombreux qu'il est indispensable de les classer. Mais plusieurs classifications doivent être présentées, aucune classification unique ne s'imposant.

A. Sociétés types et sociétés particulières ³

7 Sociétés types civiles et commerciales ◇ Les sociétés types, sociétés à vocation générale peuvent être des sociétés civiles ou des sociétés commerciales.

1. Les sociétés civiles ⁴

Les sociétés civiles sont régies par les articles 1845 et suivants du Code civil. Elles ne peuvent effectuer que des opérations de caractère civil (acti-

1. On notera également l'exonération d'ISF (sur cet impôt, *infra* n° 420), au titre des biens professionnels, des biens affectés à l'exercice de l'activité de l'entrepreneur individuel (art. 885 N CGI).

2. F. Pasqualini, *Le choix de la forme sociale*, in *Mélanges P. Didier, Economica* 2008, p. 363.

3. Classification proposée par le *Mémento Lefebvre*, n° 2 s. ; *Lamy sociétés* n° 42. Cf. D. Bureau, *L'altération des types sociétaires in Mélanges P. Didier, Economica* 2008, p. 57.

4. *La société civile aujourd'hui, quel intérêt ?* n° spéc. Bull. Joly déc. 2008 par M. Luby, A. Lecourt et alii.

tés libérales, agriculture, construction immobilière¹, enseignement...) ². Leurs associés sont personnellement et indéfiniment responsables des dettes sociales, proportionnellement à leurs apports (art. 1857 al. 1^{er} C. civ.) ³ ⁴.

2. Les sociétés commerciales

Les sociétés commerciales sont régies par le Livre deuxième du Code de commerce (art. L. 210-1 à L. 252-12), tel qu'il résulte de la codification à droit constant de la loi du 24 juillet 1966 effectuée par l'ordonnance du 18 septembre 2000. Ce *Précis* leur est consacré. La plupart sont dotées de la personnalité morale ; ce sont :

- la *société en nom collectif* (art. L. 221-1 s.) dans laquelle les associés ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ;

- la *société en commandite simple* (art. L. 222-1 s.) dont le capital est divisé en parts, comprenant un ou plusieurs associés *commandités* ayant le statut des associés en nom collectif (commerçants, répondant indéfiniment et solidairement des dettes sociales) et un ou plusieurs associés *commanditaires*, non commerçants, répondant des dettes sociales seulement à concurrence du montant de leurs apports ;

- la *société à responsabilité limitée* (art. L. 223-1 s.) constituée entre plusieurs associés ou instituée par une seule personne (sous forme d'EURL, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) qui n'ont pas la qualité

1. M. Cozian, *Du bon usage des sociétés civiles immobilières*, D. 1994, chr. 199 ; *Les charmes discrets des sociétés civiles immobilières, Aspects fiscaux*, RJ com. 1992, p. 229 ; et, *Le charme des sociétés civiles immobilières : charme intact ou charme fané*, RJ com. 2004, ét. p. 64 ; B. Plagnet, *Les enjeux fiscaux des sociétés civiles*, Dr. et patr. juill./août 2004, n° 128, p. 64. V. égal. Y. Viala, *La société civile à objet commercial*, Bull. Joly 2002, p. 1018, n° 223.

2. Le cautionnement donné au nom d'une société civile est valable, même s'il n'entre pas dans l'objet social, dès lors qu'il a obtenu l'accord unanime des associés et n'est pas contraire à l'intérêt social, Com. 28 mars 2000, RJDA 2000, n° 810 ou en présence d'une communauté d'intérêts entre la société et le débiteur cautionné, Com. 26 juin 2007, BRDA n° 17-2007, p. 5. *Addé Bibliographie thématique, Cautionnement et objet social*, Rev. sociétés 2001, p. 901. Rapp. pour une SARL, Com. 15 janv. 2002, Bull. Joly 2002, p. 602, n° 134, A. Constantin.

3. Cf. G. Doubblon, *Le domaine des sociétés civiles*, Defrénois, 1982, art. 32903 et RTD com. 1983, p. 17 ; Y. Dereu, *L'application aux associés des sociétés civiles des procédures collectives de liquidation*, Rev. sociétés 1979, 247 ; J. Cl. Brault, *La société civile, écran de fumée fiscal ?*, Defrénois 1985, art. 33578. Sur la mise en œuvre de l'obligation des associés aux dettes sociales, Civ. 3^e, 23 avr. 1992, Rev. sociétés 1992, p. 763, B. Saintourens ; Com. 24 nov. 1992, Bull. Joly 1993, p. 243, n° 57, Y. Dereu ; Civ. 3^e, 8 mars 1995, Dr. sociétés 1995, n° 157, Th. Bonneau ; Dijon 17 févr. 1994, Bull. Joly 1994, p. 1103, n° 306, M. Jeantin. Un associé peut se retirer de la société dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation unanime des associés. Le retrait peut être également autorisé judiciairement pour justes motifs, cf. I. Sauget, *Le droit de retrait de l'associé*, Thèse Paris X, 1991 ; A. Cathelineau, *Le retrait dans les SCP*, JCP E 2001, p. 888 ; v. par ex. Civ. 1^{re}, 27 janv. 1998, Dr. sociétés 1998, n° 57, Th. Bonneau ; Bull. Joly 1998, p. 538, n° 174, J.-P. Garçon ; JCP E 1998, p. 508, A. Viandier et J.-J. Caussain, RTD com. 1998, p. 625, M.H. Monsérié.

4. Sur l'immatriculation des sociétés civiles constituées avant le 1^{er} juill. 1978, *infra* n° 64.

de commerçant et qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports ;

- la *société anonyme* (art. L. 225-1 s.) dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des actionnaires, non commerçants, qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports ;

- la *société en commandite par actions* (art. L. 226-1 s.) dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre un ou plusieurs *commandités*, qui ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, et des *commanditaires*, qui ont la qualité d'actionnaires et ne supportent les dettes qu'à concurrence de leurs apports.

- la *société par actions simplifiée* (art. L. 227-1 s.) qui peut comprendre un ou plusieurs associés, personnes physiques ou personnes morales, qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

Le tableau ci-après résume les principales caractéristiques de ces sociétés commerciales dotées de la personnalité morale ¹.

Deux autres sociétés, à vocation générale également, ont la **particularité de ne pas être dotées de la personnalité morale**, ce sont la société en participation et la société créée de fait ² :

- La *société en participation* (art. 1871 s. C. civ.) est celle que les associés ont décidé de ne pas immatriculer et de ne pas soumettre à publicité. Elle est occulte si les associés ne la révèlent pas aux tiers, ou ostensible dans le cas contraire.

- La *société créée de fait* voit son existence reconnue lorsque des personnes se sont comportées comme de véritables associés. S'appliquent aux sociétés de fait les dispositions relatives à la société en participation (art. 1873 C. civ.).

8 Sociétés particulières ◇ Ces sociétés, qui sont de plus en plus nombreuses, sont créées pour répondre à des besoins spécifiques, à partir des sociétés types. Leur étude relève d'ouvrages spécialisés. On distingue généralement les sociétés particulières soit par leur statut juridique, soit par leur objet.

1. Le capital social doit être indiqué en euros depuis le 1^{er} janv. 2002, cf. ord. 19 sept. 2000 portant adaptation en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs, prise en application de la loi du 15 juin 2000.

2. La société créée de fait et la société en participation peuvent être civiles ou commerciales suivant leur objet (*infra*, n^{os} 597, 614).

Tableau comparatif des sociétés commerciales

	Capital minimum	Nombre d'associés	Responsabilité des associés	Nature des droits sociaux	Direction de la société	Commissaire aux comptes
société en nom collectif (SNC)	aucun	au moins 2 commerçants	indéfinie et solidaire	parts sociales	gérant(s) associé(s) ou non	obligatoire si deux des trois seuils suivants sont franchis : – bilan > 1 500 000 € – CA > 3 100 000 € h.t. – salariés > 50
société en commandite simple	aucun	au moins 1 commanditaire et 1 commandité ; seul le commandité est commerçant	commanditaire : limitée aux apports commandité : indéfinie et solidaire	parts sociales	gérant(s) choisi(s) parmi les commandités ou en dehors d'eux ; jamais un commanditaire	<i>id.</i> SNC
société à responsabilité limitée (SARL)	1 €	au moins 2 au plus 100 1 pour EURL	limitée aux apports	parts sociales	gérant(s) choisi(s) parmi les associés ou en dehors d'eux	<i>id.</i> SNC nomination judiciaire sur demande d'un associé représentant 1/10 ^e du capital
société anonyme (SA)	37 000 €	au moins 7 actionnaires	limitée aux apports	actions valeur nominale fixée librement par les statuts	1) <i>avec conseil d'administration</i> 3 à 18 administrateurs actionnaires 1 président élu parmi eux + 1 D.G. 2) <i>avec directoire et conseil de surveillance</i> – directoire : 2 à 5 (ou 7) membres actionnaires ou non (ou un directeur général unique) – conseil de surveillance : 3 à 18 membres actionnaires	1 titulaire + 1 suppléant 2 titulaires + 2 suppléants pour sociétés établissant des comptes consolidés
société en commandite par actions	comme pour les SA	au moins 1 commandité commerçant + au moins 3 commanditaires actionnaires	commandité : indéfinie et solidaire commanditaire : limitée aux apports	parts de commandite Action valeur nominale <i>id.</i> SA	– gérant(s) choisi(s) parmi les commandités ou en dehors d'eux jamais un commanditaire – conseil de surveillance d'au moins 3 commanditaires	comme pour les SA
société par actions simplifiée (SAS)	1 €	1 ou plusieurs associés	limitée aux apports	actions valeur nominale fixée librement par les statuts	président, personne physique ou morale Organes à la liberté des statuts	pas de commissaire aux comptes en dessous de certains seuils fixés par art. R. 227-1

9 Sociétés particulières par leur statut juridique ◇

– Les *sociétés coopératives*¹ ont des associés qui sont en même temps soit des travailleurs au service de la société (coopératives de production), soit des fournisseurs (coopératives de vente), soit des clients (coopératives de consommation). Leur capital est variable et chaque coopérateur n'a qu'une voix, quelle que soit la part de capital qu'il détient (« un homme, une voix »).

Le statut général de la coopération a été établi par une loi du 10 septembre 1947². Mais sur ce statut viennent se greffer les règles propres à chaque catégorie de coopération et les dispositions particulières à chaque type de société dont la coopérative emprunte la forme. Les coopératives sont des sociétés (art. 1^{er} L. 1947)³.

Les **SCOP**, sociétés coopératives ouvrières de production, ont connu il y a quelques années un certain regain d'intérêt (L. 19 juill. 1978 ; L. 13 juillet 1992 ; D. 10 nov. 1993)⁴.

En 2007, on dénombrait 1 827 SCOP qui réalisaient 3,5 milliards d'euros de chiffre d'affaires en employant plus de 37 000 salariés. Cette structure a été adoptée notamment dans le cadre de transmissions d'entreprises à leurs salariés ou de reprises d'entreprises en difficulté⁵. Les SCOP jouent également un rôle important en matière d'épargne salariale puisque 90 % d'entre elles sont couvertes par un accord de participation⁶.

– Les *sociétés à participation ouvrière*, nécessairement sous forme de société anonyme, permettent aux salariés de participer aux bénéfices et de prendre une certaine part dans la gestion (L. 26 avr. 1917). Bien que

1. B. Saintourens, *Sociétés coopératives et sociétés de droit commun*, *Rev. sociétés* 1996, p. 1. On dénombre environ 21 000 coopératives qui rassemblent 20 millions de coopérateurs et 900 000 salariés, essentiellement dans les secteurs agricole, bancaire et dans la grande distribution, P. Fombeur in *Bull. Joly* 2008, p. 744.

2. Devant les difficultés rencontrées par certaines coopératives importantes il est apparu nécessaire d'ouvrir plus largement leur capital aux tiers non coopérateurs et de moderniser les statuts des entreprises coopératives (cf. L. 13 juill. 1992 ; *RTD com.* 1993, p. 119, E. Alfandari et M. Jeantin ; G. Gourlay in *Bull. Joly* 1992, p. 1155, n° 378). Cf. P. Le Vey, *L'évolution du droit des SCOP*, *Dr. sociétés*, oct. 2006, p. 5.

3. Les coopératives agricoles sont distinctes des sociétés civiles et commerciales, art. L. 521-1 et R. 521-1 ss. C. rural ; cf. Civ. 1^{re}, 8 juill. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 807, Y. Guyon (inapplicabilité des règles propres aux commerçants) ; M. Hérail, *Régulation des mouvements des associés dans les sociétés coopératives*, *Dr. sociétés* janv. 2002, p. 6. Sur les conditions d'exclusion des associés coopérateurs *Com.* 15 juill. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1096, n° 357, A. Couret ; *Dr. sociétés* 1992, n° 212, H. Le Nabasque ; *Com.* 21 juin 1994, *RJDA* 1994, p. 901, n° 1158 (droits de la défense) ; *Com.* 21 oct. 1997, *Rev. sociétés* 1998, p. 99, B. Saintourens (contrôle judiciaire).

4. M.F. Mialon, *La réforme des sociétés coopératives ouvrières de production par la loi du 19 juill. 1978*, *Droit social* 1979, p. 211 ; M. Petot-Fontaine, *Les difficultés d'application du nouveau statut des sociétés coopératives ouvrières de production*, *Rev. sociétés* 1980, p. 401.

5. E. Alfandari et M. Jeantin, *La reprise d'une entreprise en difficulté par une SCOP*, *Rev. d'éco. sociale* 1985, p. 113.

6. Source : *Scop Entreprises*, avril 2008.

rajeunies par une loi du 8 juillet 1977, ces sociétés n'ont rencontré que peu de succès (art. L. 225-258 à L. 225-270) ¹.

– Les *sociétés à capital variable* (art. L. 231-1 à L. 231-8) ² ont un capital qui varie constamment soit en hausse par suite de versements effectués par d'anciens membres ou de nouveaux adhérents, soit en baisse par suite de reprises d'apports liés à des retraits d'associés.

Les clauses de variabilité du capital sont interdites dans les sociétés anonymes autres que les coopératives et les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) depuis la loi du 30 décembre 1981, introduisant en droit français les dispositions de la deuxième directive européenne du 13 décembre 1976 (art. L. 231-1).

– Les *sociétés d'économie mixte* associent une collectivité publique (État, commune, département, région) à des capitaux privés. Elles ont été créées par des lois particulières. La loi du 7 juillet 1983 ³ a permis la création de *sociétés d'économie mixte locales* (art. L. 1521-1 à L. 1525-3 Code général des collectivités territoriales). Elle a été modernisée par une loi du 2 janvier 2002 ⁴.

Ces sociétés, qui sont au nombre de 1 158 ⁵, associent les communes, les départements, les régions et leurs groupements à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général. La société doit nécessairement revêtir la forme d'une société anonyme et les collectivités territoriales doivent détenir plus de la moitié du capital et plus de la moitié des voix dans les organes délibérants (art. L. 1521-1 et L. 1521-2).

– Les *sociétés nationalisées* sont des sociétés anonymes dont le capital appartient exclusivement à l'État ou à des personnes morales relevant du secteur public. Deux vagues de nationalisations ont eu lieu en 1945-1946 (Charbonnages, établissements de crédit, compagnies d'assurances, gaz et électricité) ⁶ et en 1981 (cinq sociétés industrielles, trente-neuf banques de dépôts et deux compagnies financières). L'administration des entreprises

1. Cf. L. 8 août 1994, art. 18 et M. Jeantin sous Soc. 23 févr. 1994 (U.T.A.) RTD com. 1994, p. 741 ; Dr. social 1994, 542, J. Savatier.

2. G. Gourlay, *Société à capital variable, Dr. sociétés, actes pratiques*, 1995, n° 24 ; sur la notion de capital variable, la situation des associés et les formalités de publicité, cf. BRDA 24-1994, p. 14.

3. Complétée par un décret du 9 mai 1985 et une circulaire du 16 juill. 1985 ; cf. E. Alfandari et M. Jeantin, RTD com. 1982, p. 576, n° 11 ; 1985, p. 533, n° 10 ; 1986, p. 112, n° 9. M. Bazex, La loi du 7 juill. 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, RTD com. 1984, p. 121.

4. Sur cette loi, cf. E. Delacour, JCP E 2002, n° 850, p. 890.

5. Fédération des SEM, avril 2008 ; S.K. Agbayissah et M. Lecerf, *Le cadre juridique des prises de participations des sociétés d'économie mixte locales ; À propos de la loi du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* ou loi Sapin, JCP E 1994, I, 354.

6. La Régie nationale des usines Renault tenait sa forme juridique de la sanction en 1945 de « l'attitude de ses dirigeants envers l'envahisseur » et correspondait à la volonté de reconstruction nationale de l'après-guerre. À la suite des accords passés avec Volvo, Renault a été transformée en société anonyme de droit commun, puis privatisée en 1995.

nationalisées a été réorganisée par la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public ¹. À la suite du changement de gouvernement intervenu après les élections de mars 1986, une politique de privatisation a été mise en œuvre. La loi du 2 juillet 1986 (art. 4) a permis au gouvernement de transférer du secteur public au secteur privé, la propriété des participations majoritaires détenues directement ou indirectement par l'État dans certaines entreprises figurant sur une liste annexée à la loi ². Un décret du 4 avril 1991 a autorisé des prises de participation minoritaires du secteur privé dans le capital d'entreprises publiques ³.

Les privatisations entreprises entre 1986 et 1988, et qui correspondent à un mouvement mondial ⁴, ont rencontré un très grand succès auprès du public qui a répondu massivement aux offres publiques de vente lancées par l'État (*infra*, n° 652). Les premières compagnies industrielles privatisées ont été *Saint-Gobain* et la *Compagnie générale d'Électricité* (CGE) ; les banques et compagnies financières ont été *Paribas*, la *SOGENAL*, la *Banque de travaux publics* (BTP), la *Banque industrielle mobilière privée* (BIMP), le *Crédit commercial de France* (CCF), la *Société générale*, la *Compagnie financière de Suez*. Ont été également privatisées l'*Agence Havas* et la société de télévision *TF1*. En 1988, une seule opération de privatisation avait donné lieu à une offre publique de vente, *Matra* ⁵.

Une nouvelle loi de privatisation est intervenue le 19 juillet 1993 ⁶. Par rapport au dispositif précédent, quelques aménagements ont été apportés

1. Modifiée par la loi du 16 févr. 1984 ; *adde* D. 26 déc. 1983.

2. Cf. sur les lois des 2 juill. et 6 août 1986, la bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1987, p. 507, et plus spécialement G. Baudeu, *Les privatisations, réglementation et premières opérations*, Banque 1987, préf. M. Vasseur. *Adde*, P. Pochet, *Réflexions sur le régime juridique des privatisations*, *RTD com.* 1988, 369 ; M. Durupty, *L'actualité en droit économique. Les relations entre le secteur public et le secteur privé : la privatisation du secteur public en France*, D. 1988, Chron. 79 ; CE 2 févr. 1987, D. 1988, p. 211, J.-D. Mouton (contrôle de la privatisation de la *Société nationale Elf-Aquitaine*).

3. Sur ce texte, cf. B. Saint-Girons, *RTD com.* 1991, p. 349 ; L. Richer et A. Viandier, *JCP* 1992, I, 3574 ; G. Klein, *Rev. droit bancaire* 1991, p. 112. *Rappr.* L. 4 juill. 1990 (statut de Renault) ; cf. B. Saint-Girons, *Renault : chronique d'une normalisation achevée*, *JCP E* suppl. 4/1991, p. 21 ; Ch. Debbasch et G. Orsoni, *RTD com.* 1991, p. 29.

4. Cf. *Les privatisations en France, en Allemagne, en Grande-Bretagne et en Italie*, préf. Y. Guyon, *La Documentation Française* 1995 ; Y. Guyon, *Le régime juridique des sociétés privatisées*, in *Mélanges J. Waline*, Dalloz 2002.

5. La loi du 2 juill. 1986 autorisait le gouvernement à transférer au secteur privé, au plus tard le 1^{er} mars 1991, la propriété des participations majoritaires détenues par l'État dans 65 entreprises publiques. Seules 29 de ces entreprises ont été privatisées. L'arrêt du processus de privatisation résultait de l'engagement pris par le président de la République selon lequel il n'y aurait ni privatisation, ni nationalisation nouvelle pendant son second septennat (*Lettre à tous les Français*, 9 avr. 1988). Une brèche avait été ouverte dans la doctrine du « ni-ni » par le décret du 4 avr. 1991... V. pour un bilan des privatisations, *Rapport de la commission d'enquête sur les conditions dans lesquelles ont été effectuées les opérations de privatisations d'entreprises et de banques appartenant au secteur public depuis le 6 août 1986*, Ass. nat. n° 969 (3 vol.), 28 oct. 1989. Le rapport critique essentiellement la valeur insuffisante attribuée aux entreprises publiques mises en vente.

6. G. Orsoni, *RTD com.* 1993, p. 649. La loi a été complétée par des décrets des 21 juill., 3, 15 sept. et 13 déc. 1993. Cf. Dossier privatisation in *Banque déc.* 1993, p. 21 ; L. Richer et A. Viandier, *JCP E* 1993, I, 281.

aux modalités financières, avec un échelonnement des paiements, et les prérogatives attachées à l'action spécifique (*infra*, n° 320) ont été étendues.

Les premières sociétés privatisées ont alors été le *Crédit local de France*, la *BNP*, *Rhône-Poulenc*, *Elf-Aquitaine* et l'*UAP*. Ont suivi en 1995-1996 *Renault*, *Seita*, *Usinor-Sacilor*, *Péchiney*, *AGF*. En 1997, *France Télécom* a été privatisée, attirant 3,8 millions d'actionnaires individuels.

10 Sociétés particulières par leur objet ◇ Ces sociétés sont soumises sur tel ou tel point à des obligations spécifiques. On les rencontre dans tous les secteurs de l'activité économique :

– *Dans le secteur immobilier*, terrain d'élection des sociétés civiles, se sont développées les sociétés civiles de construction-vente (art. L. 211-1 à L. 211-4 C. de la construction et de l'habitation), ou d'attribution (art. L. 212-1 à L. 212-13 C. de la construction et de l'habitation). La loi du 6 janvier 1986 a donné un cadre « aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé ». Les sociétés civiles de placement immobilier (SCPI, loi 31 décembre 1970 in Code monétaire et financier, art. L. 214-50 s.) qui font appel à l'épargne publique sont placées sous le contrôle de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) ¹.

– *Dans le secteur agricole* où les coopératives sont aussi nombreuses que puissantes, les sociétés civiles tiennent une place très importante, notamment grâce à celles qui bénéficient d'un statut particulier comme les GAEC (groupements agricoles d'exploitation en commun, art. L. 323-1 s. et R. 323-1 s. C. rur.) ou les GFA (groupements fonciers agricoles, art. L. 322-1 s. C. rur.). L'EARL (Exploitation agricole à responsabilité limitée, L. 11 juillet 1985 ; art. L. 324-1 s. C. rur.) équivalent rural de l'EURL commerciale (*infra*, n° 237) remporte un succès plus limité.

– *Dans le secteur des professions libérales*, les formes sociétaires adoptées sont très variables. La société civile est le cadre naturel de l'exercice en groupe d'une profession libérale ². Deux sociétés civiles à statut spécifique connaissent une faveur particulière, la *société civile professionnelle* régie par la loi du 29 novembre 1966 ³ qui renvoie à un décret d'application pour chaque profession particulière et qui prévoit une responsabilité solidaire et illimitée de chacun de ses membres. Quant à la *société civile de moyens* (art. 36 L. 29 novembre 1966) elle ne fournit que des services communs à ses

1. Art. 422-1 à 422-46 Règlement gén. AMF.

2. A. Lamboley, *Le particularisme du droit des sociétés dans le cadre de l'exercice en groupe des professions libérales*, in *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, p. 597.

3. Cf. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1990, 169 ; A. Lamboley, *Dix ans d'exercice en groupe des professions libérales*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 385 ; Ch. Poli, *Les sociétés civiles professionnelles de médecins*, *Rev. sociétés* 1977, 635. Rapp. Y Chaput, *Une société commerciale professionnelle, la société de pharmaciens d'officine*, *Rev. sociétés* 1983, p. 737.

membres (locaux, secrétariat...). Elle est très proche des groupements d'intérêt économique ¹.

La forme commerciale (société anonyme, SARL) a pendant longtemps été réservée à certaines professions (par ex. aux experts-comptables, ord. 19 sept. 1945 ; aux commissaires aux comptes, art. L. 822-9 ; aux conseils juridiques, loi du 31 déc. 1971 ; aux architectes, L. 3 janv. 1977). La loi du 31 décembre 1990 en créant les **sociétés d'exercice libéral (SEL)** ² a apporté une innovation considérable en permettant aux membres des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé l'exercice sous forme de **sociétés commerciales spécifiques** ³.

L'insuffisance des structures existantes a été à l'origine de la création de la SEL à un moment où il a été jugé indispensable de donner aux professions libérales les moyens de faire face à la concurrence internationale en permettant un groupement des professionnels et des capitaux offrant une meilleure structuration des cabinets et un régime fiscal plus satisfaisant ⁴.

Lors de l'élaboration du texte, des discussions délicates ont eu lieu pour trouver un équilibre entre deux nécessités impérieuses : ouvrir le capital tout en préservant l'indépendance des professionnels. C'est ainsi que les professionnels en exercice au sein de la SEL doivent obligatoirement détenir plus de la moitié du capital social et des droits de vote. Ils ont également vocation à diriger la société (art. 12). Quant à la minorité du capital restant, elle peut être détenue par différentes catégories de personnes dans des conditions strictement déterminées quel que soit le type de société (art. 6, al. 3). Compte tenu du fort *intuitus personae* qui anime les SEL, les conditions d'agrément en cas de cession de parts ou d'actions sont renforcées (cf.

1. Sur la possibilité d'exclure un associé fautif, même en l'absence de clause statutaire, Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995 *Dr. sociétés* 1995, n° 70, Th. Bonneau.

2. V. sur ce texte l'ouvrage de J.-J. Daigre et D. Lepeltier, *GLN Joly* 1993 ; Y. Guyon, *ALD-juin* 1991, p. 75 ; B. Saintourens, *Rev. sociétés* 1991, p. 707 ; Cl. Champaud, *RTD com.* 1990, p. 390, 1991, p. 52 ; Y. Reinhard, *RTD com.* 1991, p. 229 ; M. Jeantin, *JCP E* 1991, I, 51 ; O. Douvreur, *Gaz. Pal.* 1991, II, doct. p. 679. Cf. égal. M. Jeantin, *L'influence de la loi du 31 déc. 1990 sur le statut des sociétés civiles professionnelles*, *JCP E* 1991, I, 70. Le texte a été modifié par une loi du 28 déc. 1993, cf. J.-J. Daigre, *Bull. Joly* 1994, p. 361, n° 104 ; H. Le Nabasque, *Dr. sociétés* 1994, n° 36. *Adde*, bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1994, p. 843.

3. « SELARL » pour les SARL (la SELARL peut se constituer sous forme d'EURL, R.M. JO déb. Sénat 12 août 1993, p. 1411, *Bull. Joly* 1993, p. 913, n° 266) ; mais elle est soumise à l'ensemble des obligations comptables des sociétés commerciales, R.M. JO déb. AN 27 juin 1994, p. 3303 (obligation de déposer les comptes annuels au greffe du tribunal de commerce) ; « SELAFA » pour les sociétés anonymes, « SELCA » pour les commandites par actions ; cf. égal. J.-J. Daigre, *Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles*, *Bull. Joly* 1991, p. 369, n° 119.

4. D.F., *Les aspects fiscaux de la loi 90-1258 du 31 déc. 1990 sur les sociétés*, mars 1991, p. 1 ; Instr. 28 févr. 1991, BOI 7 H-3-91 ; *Bull. Joly* 1991, p. 459, n° 159 (droits d'apport). V. cependant, D. Alibert, *La fiscalité des SEL : grandeur et servitude du régime des sociétés de capitaux*, *Gaz. Pal. doct.* 12 janv. 1993 ; G. Declercq, *Être ou ne pas être : les SEL et la non-déductibilité des intérêts d'emprunt* ; *JCP N* 1993, I, p. 183. Sur le régime social des dirigeants, R.M. JO déb. AN 23 nov. 1992, p. 5291.

art. 10, 13, al. 5). La plupart des décrets d'application ont prévu les cas où un associé peut être exclu de la SEL (art. 21, al. 2) ¹.

La loi, dite loi MURCEF, du 11 décembre 2001 a permis aux personnes physiques ou morales exerçant une ou plusieurs professions libérales de créer sous forme de SARL ou de sociétés par actions des **holdings** « ayant pour objet exclusif la détention de parts ou d'actions de sociétés d'exercice libéral ayant pour objet l'exercice d'une même profession » (art. 31-1 L. 31 déc. 1990) ². Depuis la loi du 11 février 2004 ³, les **sociétés de participations financières de professions libérales** (SPFL) peuvent désormais prendre des participations dans tout groupement de droit étranger ayant pour objet l'exercice de la même profession et peuvent également avoir des activités accessoires en relation directe avec leur objet.

– Dans le secteur de la banque et du crédit, les sociétés à statut particulier sont extrêmement nombreuses ⁴. On ne peut citer ici que les SICAV, *sociétés d'investissement à capital variable* qui ont pour objet la gestion de portefeuilles de valeurs mobilières (art. L. 214-1 s. C. mon.) ⁵.

– Périodiquement, pour relancer tel ou tel secteur d'activité, des dérogations sont apportées aux règles générales qui gouvernent les sociétés et des faveurs fiscales sont octroyées (cf. par ex. L. 11 juillet 1985 sur les sociétés de financement de l'industrie cinématographique et audiovisuelle, SOFICA) ⁶.

1. *Mémento Francis Lefebvre, Professions libérales 2005-2006*, n^{os} 1812 et s. Ces sociétés commerciales à objet civil posent de nombreux problèmes. La Cour de cassation se prononce en faveur de la compétence exclusive des tribunaux civils, Civ. 2^e, 6 mai 1997, JCP E 1997, II, 983, Th. Bonneau ; Dr. sociétés 1997, n^o 132, D. Vidal ; J.-J. Daigre, *Objet passe forme : de la nature civile des SEL*, JCP E 1998, p. 213. Cf. égal. F. Violla, *Recul de la commercialité ou avènement de la professionnalité*, JCP N 1993, I, p. 221 ; N. Decoopman, *Entreprises libérales, entreprises commerciales*, JCP 1993, I, 3671.

2. V. les commentaires de J. J. Daigre, *Bull. Joly* 2002, p. 565, n^o 127 ; A. Lienhard, *D.* 2002, p. 60 ; J. J. Caussain, JCP E 2001, p. 1080. Rapp. H. Nallet, *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit*, La Documentation française, 1999.

3. Sur ce texte, cf. J. J. Daigre, *Bull. Joly* 2004, p. 455, n^o 89 ; sur les cinq décrets du 23 août 2004 permettant l'application de ces dispositions aux professions juridiques et judiciaires, cf. F. Maury, *D.* 2005, p. 645.

4. J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 6^e éd., 1995, n^{os} 43 s.

5. Les SICAV sont, comme les fonds communs de placement, des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM). Toutefois, les fonds communs de placement n'ont pas la personnalité morale, étant de simples copropriétés de valeurs mobilières (art. L. 214-20 C. mon.). Cf. R. Roblot, *Les SICAV ; les fonds communs de placement*, brochure ANSA, n^o 182, déc. 1980 ; *Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières* (OPCVM), brochure ANSA, n^o 187, févr. 1990 et 19^e rapport de la Commission des opérations de Bourse 1986, p. 139.

6. C. Gavalda, *Les sociétés de financement de l'industrie cinématographique et audiovisuelle* (loi n^o 85-695 du 11 juill. 1985) ; *De l'argent pour les images*, *Rev. sociétés* 1986, p. 1. En 2008, l'AMF a délivré 12 visas pour des SOFICA (rapport annuel AMF, 2008, p. 175).

B. Sociétés civiles et sociétés commerciales

11 Atténuation de la distinction ¹ ◇ Longtemps la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales a constitué la *summa divisio*. Mais peu à peu, la réglementation des sociétés civiles s'est considérablement rapprochée de celle applicable aux sociétés commerciales.

Depuis la loi du 13 juillet 1967, les sociétés civiles sont soumises à une procédure collective comme les sociétés commerciales, dès qu'elles sont en cessation des paiements. La solution a été reprise par la loi du 26 juillet 2005 qui prévoit que les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires sont applicables à toute personne morale de droit privé (art. L. 620-2, L. 631-2, L. 640-2).

Surtout, la loi du 4 janvier 1978, modifiant le titre IX du livre III du Code civil consacré aux sociétés, a repris de nombreuses dispositions de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales pour les appliquer aux sociétés civiles ² (par ex. nécessité de l'immatriculation pour que la société jouisse de la personnalité morale, sort des actes accomplis pendant la période constitutive, absence de dissolution automatique au cas de réunion de toutes les parts en une seule main, pouvoirs du gérant, situation des associés ³, causes de nullité et de dissolution...). La nouvelle société civile est désormais très proche de la société commerciale en nom collectif.

Les intérêts de la distinction sont donc considérablement réduits : les sociétés commerciales relèvent de la compétence des tribunaux de commerce et sont soumises à la comptabilité de toute entreprise commerciale (art. L. 123-12 s.). Les sociétés civiles relèvent de la compétence des tribunaux de grande instance et ne sont tenues que d'une simple comptabilité de caisse ⁴.

Nous verrons (*infra*, n° 89) que sont commerciales par leur forme et quel que soit leur objet les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions (art. L. 210-1 al. 2). Peuvent également être commerciales par leur objet, les sociétés en participation et les sociétés créées de fait ⁵.

Les coopératives agricoles constituent une catégorie particulière des sociétés qui ne sont ni civiles, ni commerciales (art. L. 521-1 C. rur.).

1. R. Dorat des Monts, *L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ?*, RTD com. 1982, p. 505.

2. J. Foyer, *La réforme du titre IX du livre III du Code civil*, Rev. sociétés 1978, p. 1 ; M. Jeantin, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janv. 1978*, D. 1978, Chron. 173 ; Y. Chartier, *La société dans le Code civil après la loi du 4 janv. 1978*, JCP 1978, I, 2917 ; Y. Guyon, *Les dispositions générales de la loi n° 78-9 du 4 janv. 1978 portant réforme des sociétés*, Rev. sociétés 1979, p. 1.

3. Y. Guyon, *La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne faisant pas publiquement appel à l'épargne*, RTD com. 1983, p. 353.

4. Sur les conséquences de l'activité commerciale exercée par les membres d'une société civile, Com. 31 mai 1988, Rev. sociétés 1991, p. 99, J.-P. Legros.

5. B. Mercadal, *Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales*, RTD com. 1982, p. 511.

C. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux

- 12 **Caractéristiques** ◇ Dans les sociétés de personnes, les associés se groupent parce qu'ils se connaissent et se font confiance. L'*intuitus personae* est primordial. Dans ces sociétés, la part de l'associé (part d'intérêt) n'est cessible qu'avec le consentement de tous les autres associés, et le décès ou l'incapacité de l'un d'eux met en principe fin à la société. La société en nom collectif et la société en commandite simple, les sociétés civiles sont des sociétés de personnes.

À l'opposé, dans les sociétés de capitaux, la personne des associés est indifférente. Chaque associé n'est tenu que dans la limite de son apport. L'action qu'il reçoit en contrepartie est, en principe, librement négociable. La mort ou l'incapacité d'un actionnaire n'entraîne pas la dissolution de la société. Le type le plus marqué est la société anonyme.

Le rattachement de certaines sociétés à l'une ou l'autre de ces deux catégories n'est cependant pas toujours évident. Si l'on considère la société en commandite par actions, pour les commandités qui sont dans la situation des associés en nom collectif, la société est pour eux une société de personnes. En revanche, pour les commanditaires, qui sont dans la situation des actionnaires, la société est une société de capitaux.

La société à responsabilité limitée, importée d'Allemagne en 1925, a d'abord été considérée plutôt comme une société de personnes, mais les réformes entreprises depuis 1966 l'ont beaucoup rapprochée des sociétés de capitaux, si bien qu'elle apparaît désormais comme une société de capitaux, tout en conservant certains traits des sociétés de personnes ¹.

- 13 **Atténuation de la distinction** ◇ La pratique montre que très souvent cette distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux est fortement atténuée sur le terrain juridique par certaines dispositions statutaires. C'est ainsi que dans les sociétés de personnes, afin d'écarter la dissolution pour cause de décès ou d'incapacité de l'un des associés, est insérée une clause de continuation de la société (cf. art. L. 221-15). Dans les sociétés par actions, l'*intuitus personae* peut être introduit par le jeu des clauses d'agrément ou de préemption. La société anonyme peut être ainsi transformée de société ouverte en société fermée ².

En revanche, l'opposition entre sociétés de capitaux et sociétés de personnes conserve toute sa valeur en matière fiscale ³, puisque les sociétés de

1. *Infra*, n° 174.

2. Comp. A. Morin, *Intuitus personae et sociétés cotées*, RTD com. 2000, p. 299. Sur le concept de société fermée, cf. J. Boucourechliev et N. Huet, *De natura SARL*, in Études Sayag, Litec 1997, p. 177.

3. M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Doc. 20, *Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*, Litec 1999, p. 271 ; P. Serlooten, *Faut-il sauver le régime fiscal de « semi-transparence » des sociétés de personnes*, Dr. fisc. 2007, n° 27, ét. 700, p. 15. Sur la fiscalité internationale : CE 13 oct. 1999, *Diebold Courtage*, RJF 12/99,

capitaux (SA, SCA, SAS et, pour le droit fiscal, les SARL) ¹, dites sociétés « opaques », sont soumises à l'impôt sur les sociétés (sauf option pour le régime des sociétés de personnes ²), tandis que les sociétés de personnes (sociétés civiles, SNC, GIE, GEIE) ³, dites sociétés « semi-transparentes », relèvent de l'impôt sur le revenu, en ce sens qu'elles échappent à l'impôt sur les sociétés (sauf option pour cet impôt ⁴) et que seuls leurs associés sont personnellement redevables de l'impôt sur le revenu (cf. par ex. art. 8 CGI) ⁵.

13-1 Régime d'imposition des associés de l'article 8 du CGI ⁶ ◇ En principe, le régime d'imposition des associés sur les bénéfices réalisés par la société résulte de la nature de l'activité de ces sociétés.

Ainsi, les bénéfices générés par une société réalisant une activité industrielle ou commerciale, sont évalués en tant que bénéfices industriels et commerciaux (BIC) et

n° 1492 ; Dr. fisc. 1999, n° 52, comm. 948. J.-P. Le Gall, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes*, Dr. fisc. 2000, n° 15, chr. p. 621 ; B. Gouthière, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes* : Où en est-on ?, BF Lefebvre 7/03, p. 495 ; CAA Paris 10 avr. 2008, *Quality Invest*, Dr. fisc. 2008, n° 41, comm. 537, *Les limites à la transparence des sociétés de personnes françaises à l'international*, Dr. fisc. 2008, n° 46, p. 3 ; Instr. 29 mars 2007, BOI 4 H-5-07.

1. La SARL est en principe une société de capitaux, sauf s'il s'agit d'une SARL à caractère familial qui a opté pour le régime de l'impôt sur le revenu ; v. *infra* n° 193. L'EURL ayant pour associé unique une personne physique est soumise à l'impôt sur le revenu, sauf option expresse pour l'impôt sur les sociétés.

2. Art. 239 bis AB CGI (Instr. 22 avr. 2009 BOI, 4 H-2-09) : les SA, SAS et SARL non cotées, ayant une activité « professionnelle », peuvent opter pour le régime des sociétés de personnes sous conditions (cette option permet une remontée directe des pertes générées en début d'activité).

3. Sont également considérées comme des sociétés de personnes les sociétés sans personnalité morale que sont la société en participation et la société créée de fait. Quant aux sociétés en commandite simples, les bénéfices revenant aux commandités sont directement imposés entre leurs mains si la société n'a pas opté pour l'IS (*infra* n° 168).

4. L'option pour l'IS (art. 239-1 CGI) exige que la notification soit signée par tous les associés ; quand bien même les associés sont des époux mariés sous le régime de la communauté légale, l'option nécessite la signature des deux époux : CE 28 déc. 2007, *Naye*, RJF 3/08, n° 282 ; Dr. fisc. 2008, n° 7, comm. 172.

5. Sur ce sujet très complexe, M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Doc. 22, un « sac d'embrouilles » : les sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu, Litec 1999, p. 289. Sur le régime fiscal de la transformation d'une société de personnes en une société de capitaux, *infra* n° 104. À noter que les sociétés de personnes bénéficient, comme l'entrepreneur individuel, du principe de liberté d'affectation comptable (sur ce principe, *supra* n° 4) : CE 29 avr. 2002, *Merotto*, Dr. fisc. 2002, n° 40, comm. 746, concl. J. Courtial (SARL entre époux) ; de même, peuvent-elles prétendre aux avantages accordés aux adhérents des centres de gestion agréés (*supra* n° 5) : CE 26 mai 2009, *Leclerc*, Dr. fisc. 2009, n° 27, comm. 393.

6. Ne sont visées ici que les sociétés de personnes n'ayant pas opté pour l'impôt sur les sociétés. Les associés de ces sociétés sont imposés directement sur les bénéfices réalisés, même si ces bénéfices restent dans la société et ne sont pas appréhendés par les associés (CE 27 mars 2009, *Dalamel de Bournet*, RJF 6/09, n° 572). En conséquence, ces associés ne sont en principe pas concernés par l'imposition des distributions de bénéfices (*infra* n° 301), cep., CE 29 juin 2001, *Belmes* : RJF 10/01, n° 1233 ; Dr. fisc. 2001, n° 46, comm. 1043 ; 26 nov. 2007, *Bruno Chiumento*, RJF 5/08, n° 555. Sur les conséquences d'un acte anormal de gestion (*infra*, n° 52-1), CE 27 juill. 2006, *Marchal*, RJF 12/06, n° 1517 ; Dr. fisc. 2007, n° 17-18, comm. 496.

les associés sont imposés au régime de ces BIC sur la quote-part des bénéfices leur revenant.

Mais, les exceptions, qui résultent de l'article 238 bis K du CGI, sont nombreuses :

1) Si l'associé est une société relevant de l'impôt sur les sociétés : en ce qui concerne l'imposition de cet associé, il faudra déterminer les résultats de la société en appliquant les règles de l'impôt sur les sociétés (et non plus celles des BIC).

2) Si l'associé est une personne physique exerçant une activité professionnelle industrielle, commerciale, artisanale ou agricole (activité agricole placée de plein droit sous un régime de bénéfice réel), qui a inscrit les titres de la société de l'article 8 au bilan de son entreprise, la quote-part des bénéfices de la société de l'article 8 qui lui revient est imposée conformément au régime fiscal correspondant à l'activité de cet associé, et non plus de celle de l'activité de la société (si l'associé exerce une activité industrielle ou commerciale, selon le régime des BIC).

3) Si l'associé est lui-même une société de l'article 8 :

- Soit cette société exerce une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole (placée de plein droit sous un régime de bénéfice réel), la quote-part revenant à cette société est alors déterminée en application du régime fiscal correspondant à la nature de sa propre activité (si la société a une activité industrielle ou commerciale, selon le régime des BIC) ¹.

- Soit cette société exerce une activité de gestion de son propre patrimoine mobilier ou immobilier ou exerce une activité agricole sous le régime du forfait ou du régime simplifié d'imposition sur option. S'il n'est pas possible de connaître le statut fiscal des associés de cette société, la quote-part revenant à la société est déterminée suivant les règles applicables en matière d'impôt sur les sociétés ².

L'associé subit également une *imposition lors de la cession de ses droits sociaux si celle-ci dégage une plus-value* :

- Si l'associé est une personne physique qui exerce une activité professionnelle dans la société de personnes, ses droits sont censés constituer un actif professionnel personnel distinct de l'actif social et les plus-values sur ses droits sont imposables selon le régime des plus-values professionnelles (article 151 nonies CGI) ³.

- Si l'associé est une personne physique, simple apporteur de capitaux, les plus-values relèvent du régime de droit commun des plus-values mobilières des particuliers (*infra*, n° 315-1) ;

- Si l'associé, enfin, est une entreprise, les droits sociaux sont inscrits à son actif et sont soumis au régime des autres éléments de l'actif immobilisé, notamment en ce

1. Sur l'application de l'art. 238 bis K à une EURL, v. *infra* n° 235 ; sur son application à une exploitation agricole, CE 7 août 2008, *Laffort*, R/JF 11/08, n° 1209 ; Dr. fisc. 2008, n° 46, comm. 567.

2. DA 4 A-2311.

3. Sur l'interprétation donnée par la jurisprudence de ce texte : CE 9 juill. 2003, *Muel* : R/JF 11/03, n° 1255. Sur l'exonération d'impôt sur le revenu pour les plus-values des entreprises individuelles et des sociétés de personnes dans lesquelles les associés personnes physiques exercent leur activité professionnelle (art. 151 septies CGI ; Instr. 13 mai 2009, BOI 5 K-1-09) ; sur le report d'imposition des plus-values constatées en cas d'apport en société réalisé par des personnes physiques (art. 151 octies CGI) ; sur le régime d'exonération des plus-values professionnelles en cas de cession à titre onéreux dans le cadre d'un départ à la retraite (art. 151 septies A CGI).

qui concerne les plus-values réalisées lors la cession à titre onéreux de ces titres (article 238 bis K CGI) ¹.

D. Sociétés faisant ou non publiquement appel à l'épargne ²

- 14 **Affirmation de la distinction** ◇ Comme l'a souligné à juste titre Guyon, cette distinction qui figure dans le droit positif à l'état embryonnaire prend chaque jour plus d'importance ³.

Les sociétés pouvant faire une offre au public de leurs titres financiers sont seulement les sociétés civiles de placement immobilier (art. L. 214-51 nouv. C. mon.) et, en matière commerciale, les sociétés anonymes ou en commandite par actions (art. L. 224-2) ⁴. En cours de fonctionnement, ces sociétés sont soumises à des mesures de publicité très complètes destinées à informer les actionnaires et à protéger les épargnants. Elles sont contrôlées très étroitement par l'Autorité des marchés financiers (AMF, ancienne COB) ⁵ qui peut même intervenir dans la vie de la société en demandant, par exemple, la désignation d'un expert de gestion ou le relèvement de leurs

1. La plus-value réalisée par une société de personnes, dont l'activité relève de la catégorie des BIC, lors de la cession des parts qu'elle détient dans une autre société de personnes, est imposée selon le régime des plus-values professionnelles (CE 25 oct. 2004, *Le Men*, RJF 1/05, n° 47 ; Dr. fisc. 2005, n° 3, comm. 87). La plus-value (ou moins-value) des associés professionnels doit être déterminée en tenant compte des quotes-parts des résultats déjà taxés au nom des associés, ainsi que des déficits comblés et des bénéfices répartis (CE 16 févr. 2000, *SA Ets Quemener*, RJF 3/00, n° 334 ; Dr. fisc. 2000, n° 14, comm. 283) ; Instr. 20 mars 2003 BOI 4 F-3-03. Solution étendue aux particuliers : CE 9 mars 2005, *Baradé*, RJF 6/05, n° 564 (solution non retenue si la société de personnes est soumise à l'IS : CE 13 juill. 2006, *Nicolas*, Dr. fisc. 2007, n° 12, comm. 306) ; sur l'exonération des plus-values réalisées par des associés, personnes physiques, « passifs », art. 150-0 A I bis CGI. Sur l'exclusion des pertes réalisées par une telle société, mais non encore affectées, en tant que charge augmentative du prix des parts (au sens art. 726-III CGI) : Com. 13 nov. 2003 (2 arrêts), *Sté Unilever France*, Dr. fisc. 2004, n° 8, comm. 268 et *Sté Parfums Fabergé*, RJF 3/04, n° 318 ; Instr. 5 janv. 2005 BOI 7 D-1-05. Sur la plus-value afférente à des parts sociales démembrées, *infra* n° 278. À noter l'exonération d'ISF (sur cet impôt, *infra* n° 420), au titre des biens professionnels, des parts de sociétés non soumises à l'IS, lorsque leurs détenteurs exercent dans la société leur activité professionnelle (art. 885 O CGI).

2. L'expression « appel public à l'épargne » (« APE ») a été abandonnée par l'ordonnance du 22 janvier 2009 et remplacée par la notion d'offre au public d'instruments financiers (v. *infra*, n° 256 s.).

3. n° 218 ; B. François, *L'appel public à l'épargne, critère de distinction des sociétés de capitaux* (thèse Paris II, 2003). Comp. Rapport Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, 1996, p. 13 (*infra*, n° 248). V. en dernier lieu les nombreuses dispositions de la « loi Breton » du 26 juill. 2005 qui prévoient des mesures dérogatoires pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne (« sociétés non APE »).

4. La SAS ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier (art. L. 227-2 nouv.).

5. V. Règlement général AMF, Titre I, livre II, art. 211-1 s. ; instruction AMF 2005-11 du 13 déc. 2005.

fonctions des commissaires aux comptes (art. L. 225-231 et L. 823-7). Ce contrôle est encore plus sévère lorsque la société a ses titres admis aux négociations sur un marché réglementé (v. *infra*, n° 274-1) ¹.

Ces sociétés, qui pèsent économiquement très lourd et drainent une épargne considérable en offrant des produits financiers de plus en plus sophistiqués (*infra*, n°s 267 s.), font l'objet d'une réglementation et d'une surveillance de plus en plus strictes. Elles n'ont plus rien de commun avec la petite société anonyme, et pourtant la loi de 1966 les a coulées toutes les deux dans le même moule ². Le succès de la SAS (*infra*, n°s 595-1 s.) pourrait conduire, dans le futur, à réserver l'essentiel des SA aux seules sociétés faisant appel public à l'épargne...

§ 3. Réglementation des sociétés commerciales ³

A. Avant 1966

15 Évolution ⁴ ◇ Le Code civil de 1804 et le Code de commerce de 1807 sont très pauvres dans leur réglementation des sociétés. Le Code civil définit le contrat de société et régit essentiellement la société civile. Le Code de commerce se contente de quelques dispositions (art. 18 à 64) qui précisent cependant les différents types de sociétés. Mais les sociétés commerciales, qui tiennent la plus grande place en pratique, seront régies par des textes non codifiés, la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés par actions et la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée.

Ces différents textes, sauf peut-être celui sur la SARL, vieillirent vite et mal et de nombreuses retouches furent opérées de façon disparate, en particulier à la suite de scandales politico-financiers (décrets-lois de 1935 à 1938). Les difficultés d'interprétation se multipliaient ⁵ et les praticiens réclamaient une réforme d'envergure. Un premier projet fut mis en chantier après la Libération, mais la réforme n'intervint qu'en 1966 ⁶.

1. Depuis la loi du 2 juill. 1996 sur la modernisation des activités financières, désormais intégrée dans le Code monétaire et financier, l'expression « actions cotées en bourse » a été remplacée par celle d'actions « admises aux négociations sur un marché réglementé ». Mais en pratique, on continue à employer les expressions de « sociétés cotées » ou « d'actions cotées ».

2. Cf. A. Pietrancosta, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, CD Rom 2000, éd. Hyperthèses.

3. Cf. J. Hémard, *Droit des sociétés commerciales et sources du droit*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 47. Adde, P. Didier, *La publicisation du droit des sociétés*, JCP E 1986, 14637, p. 37 et P. Bézard, p. 43.

4. Sur l'histoire des sociétés commerciales, cf. J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, *Droit fondamental*, PUF, 1986, spéc., p. 165 s.

5. Cf. par ex. J. Noirel, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, préf. R. Roblot, *Librairies Techniques*, 1958.

6. Sur l'origine des textes de 1966-1967, cf. J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, T. 1, n°s 1 s.

B. La réforme de 1966

- 16 Les textes** ◇ La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 a réuni en 509 articles la réglementation de toutes les sociétés commerciales et abrogé la plupart des textes antérieurs (art. 505).

Après un chapitre préliminaire (art. 1 à 9), le titre I (art. 10 à 422) est relatif aux règles de constitution, de fonctionnement, de dissolution et de liquidation des sociétés commerciales. Le titre II (art. 423 à 489) contient uniquement les dispositions pénales et le titre III (art. 490 à 509) a pour objet des dispositions diverses et transitoires, prévoyant notamment la mise en harmonie des statuts des sociétés constituées avant le 1^{er} avril 1967, date de mise en application de la loi.

La loi, modifiée à de multiples reprises, a été intégrée à droit constant dans la partie législative du **nouveau Code de commerce** par une ordonnance du 18 septembre 2000 (*infra*, n° 18 *in fine*). En application de l'article 34 de la Constitution, ces textes législatifs ne traitent que des principes fondamentaux des obligations commerciales, les autres dispositions étant contenues dans le **décret d'application n° 67-236 du 23 mars 1967**¹, désormais codifié dans la partie réglementaire du Code de commerce par un décret du 25 mars 2007. Ce découpage d'un texte à l'origine unique, oblige à des manipulations malcommodes...

Une autre loi du 24 juillet 1966 (n° 66-538) comportant seulement 15 articles a apporté quelques modifications mineures à plusieurs articles du Code civil et à diverses lois.

- 17 Caractéristiques de la réforme** ◇ Les textes nouveaux, afin d'éviter les carences antérieures, sont très méticuleux² et laissent trop peu de place à la volonté individuelle³. Sur le fond, les innovations sont peu nombreuses et on assiste essentiellement à la consécration législative des tendances antérieures :

- la *sécurité des tiers* est renforcée : les nullités de sociétés sont considérablement réduites ; les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont déclarées inopposables aux tiers ;
- la *protection des associés* est améliorée : leur information est développée ; de nombreuses mesures sont instaurées au profit des associés minoritaires, et les commissaires aux comptes voient leur rôle accru dans le

1. Le décret du 13 mars 1967 a été modifié de façon importante par un décret du 11 déc. 2006, cf. J. P. Valuet, *Rev. sociétés* 2007, p. 227.

2. Une commission d'allègement du droit des sociétés a été créée en 1985 à l'initiative du garde des Sceaux de l'époque, M. Badinter. Ses travaux ont donné lieu à 55 propositions (cf. *JCP E* 1987, 16238) dont certaines ont été reprises par la loi du 5 janv. 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises (cf. M. Germain, *JCP* 1988, I, 3341 ; A. Viandier, *Réformes du droit des sociétés commerciales*, *JCP E* 1988, II, 15106).

3. L. Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Étude de droit comparé (Angleterre, Espagne, France)* LGDJ 2003. Comp. B. Saintourens, *La flexibilité du droit des sociétés*, *RTD com.* 1987, p. 457, qui essaie de montrer que ce droit n'est pas dépourvu de souplesse.

contrôle non seulement des comptes mais plus généralement de la vie de la société. La protection de l'épargne est incontestablement beaucoup mieux assurée ;

– les *incriminations pénales* sont multipliées et la sévérité des sanctions renforcée ; mais le but préventif des textes ne doit pas être sous-estimé ¹ ;

La loi du 24 juillet 1966 comprenait plus de deux cents qualifications pénales. Chaque année, moins de sept cents condamnations sont prononcées sur la base de ce texte et les deux tiers le sont pour des abus de biens sociaux ou infractions assimilées frappant essentiellement les gérants de SARL ².

– une nouvelle forme d'administration des sociétés anonymes, inspirée du droit allemand, structure dualiste avec *directoire et conseil de surveillance* est introduite, mais elle n'est pas rendue obligatoire.

Certains ont pu regretter que l'occasion de cette réforme n'ait pas été saisie pour procéder à une véritable réforme de l'entreprise, qui aurait donné une place aux salariés dans la gestion ou au moins dans sa surveillance (*infra*, n° 729). Enfin, aucune réglementation d'ensemble des groupes de sociétés n'a été élaborée (*infra*, n°^{os} 635 s.).

C. Les textes postérieurs ³

18 Multiplication des réformes ◇ Très rapidement, la loi du 24 juillet 1966 et le décret du 23 mars 1967 ont fait l'objet de multiples retouches ⁴ que personne n'est sûr de dénombrer avec certitude, car souvent elles ont été glissées dans une loi de finances ou un texte « portant diverses dispositions d'ordre économique et financier » (L. 11 juillet 1985 ; L. 8 août 1994 ; L. 2 juillet 1998) « ou d'ordre économique et social » (L. 2 juillet 1986). Ces réformes incessantes sont révélatrices du retard du juriste sur l'imagination créatrice des financiers et conduisent à la création de deux droits des sociétés, l'un, traditionnel, législatif, celui des sociétés non cotées, l'autre,

1. V. cependant Y. Guyon, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires*, in *Pouvoirs* 1990, n° 50 ; B. Bouloc, *Faut-il réformer le droit pénal des sociétés ?* *Rev. sociétés* 2000, p. 129 ; M.A. Frison-Roche et alii, *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz 1997 ; *Contribution du MEDEF à la réflexion sur la place du droit pénal dans la société française*, juin 2000. Aux termes de l'article 322 de la « loi d'adaptation » du 16 déc. 1992, dans tous les textes prévoyant qu'un crime ou un délit est puni d'une peine d'amende, d'emprisonnement, de détention ou de réclusion, les mentions relatives aux minima des peines d'amende ou des peines privatives de liberté encourues ont été supprimées. Mais la juridiction de jugement peut toujours prononcer une sanction moindre (art. 132-19 et 132-20 C. pén.).

2. V. les statistiques du rapport Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, 1996, p. 100.

3. Cf. *Le trentième anniversaire de la loi du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales*, Colloques Paris I, 24 juin 1966, in *Rev. sociétés* 1996, p. 431.

4. V. la liste impressionnante des lois modificatives in *Rev. sociétés* 1996, p. 693. Un contenu très abondant s'est également développé, cf. Ph. Merle et E. Chevallier-Merle, *L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juill. 1966*, Dalloz, 1976 ; P. Le Cannu et D. Lepeltier, *Jurisprudence Joly de droit des sociétés*, 1986-1990 ; 1991-1992, GLN Joly éd.

très dynamique, créé par les autorités boursières, celui des sociétés cotées (*supra*, n° 14) ¹. Ces interventions législatives ininterrompues, réalisées au coup par coup, sans aucune vue d'ensemble, rendent difficile la tâche de l'interprète ².

Une place particulière doit être réservée à la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 qui a complètement bouleversé le titre IX du livre III du Code civil consacré aux sociétés ³ (cf. également le décret d'application n° 78-704 du 3 juillet 1978). Les articles 1832 à 1844-17 contiennent des dispositions générales qui s'appliquent à toutes les sociétés sauf s'il en « est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet » (art. 1834 C. civ.). Autrement dit, **les sociétés commerciales ne sont soumises à ces dispositions du Code civil qu'en l'absence de textes particuliers les concernant, et en cas de contradiction entre l'un des articles du Code civil et l'une des dispositions de la loi de 1966, figurant désormais dans le livre II du Code de commerce, c'est cette dernière qui doit l'emporter.** Les sociétés civiles pour leur part sont réglementées par les articles 1845 à 1870-1 C. civ. Quant aux sociétés en participation et aux sociétés créées de fait qui peuvent, selon leur objet, être civiles ou commerciales, elles sont régies par les articles 1871 à 1873.

Doivent être également signalés parmi les textes les plus importants :

- l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967, modifiée à maintes reprises et intégrée dans le Code monétaire et financier (art. L. 621-1 s.) qui a institué la *Commission des opérations de bourse*. La COB (devenue AMF) a joué un rôle considérable dans l'élaboration du droit applicable aux sociétés faisant appel public à l'épargne ainsi que dans la surveillance de ces sociétés et du fonctionnement des marchés d'instruments financiers (*infra*, n° 525) ;

- l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 (art. L. 251-1 ss. C. com.) instaurant entre la société et l'association une nouvelle personne morale, le *groupement d'intérêt économique* (GIE, *infra*, n°s 618 s.) ;

- le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés (et arrêté du 24 septembre 1984) ⁴ ;

- l'article 94-II de la loi de finances du 30 décembre 1981 et le décret du 2 mai 1983 organisant la *dématérialisation des valeurs mobilières* (*infra*, n° 271) ;

- la loi du 1^{er} mars 1984 sur la *prévention des difficultés des entreprises* (art. L. 612-1 C. com.), renforçant le rôle des commissaires aux comptes et mettant en place des procédures d'alerte interne.

1. Cf. E. du Pontavice, *Le droit des sociétés commerciales en question*, RJ com. 1989, p. 241 ; B. Oppetit, *Les tendances actuelles du droit français des sociétés*, Journées franco-bulgares, 1989, Société de législation comparée, p. 105. En ce qui concerne le droit fiscal, P. Serlooten, *Droit fiscal des sociétés : perspectives pour le xxi^e siècle*, Rev. sociétés 2000, p. 147.

2. Rapp. M.L. Coquelet, *La loi du 24 juill. 1966 comme modèle d'un droit commun des groupements*, in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 195 ; P. Le Cannu, *Existe-t-il une société de droit commun ?*, id., p. 247.

3. V. pour le commentaire de cette réforme, les références citées *supra*, n° 11.

4. Cf. M. Pédamon, n°s 152 s.

Parmi les réformes postérieures, il faut signaler, en 1985, les lois du 11 juillet sur l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL, *infra*, n^{os} 231 s.), du 14 décembre sur les valeurs mobilières (*infra*, n^{os} 267 s.).

En 1989, a été votée la très importante loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier (L. 2 août) ¹ qui a donné notamment des pouvoirs accrus à la COB, modifie le régime des participations et réglemente les opérations de marché (OPA, OPE, cessions de blocs de contrôle).

Le nouveau Code pénal (L. 16 décembre 1992) a introduit une grande nouveauté en France, la **responsabilité pénale des personnes morales**. Sous le gouvernement Balladur est adoptée une nouvelle loi de privatisation (L. 19 juillet 1993) et le fort mouvement qui s'est dessiné en faveur d'une *contractualisation du droit des sociétés* ² se traduit par la création d'une nouvelle forme de société par actions, la SAS, société par actions simplifiée (L. 3 janvier 1994, *infra*, n^{os} 595-1 s.).

La loi Madelin du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle tend une nouvelle fois à simplifier les formalités et la vie sociale des entreprises. En 1996 a été adoptée l'importante loi du 2 juillet de modernisation des activités financières (désormais intégrée dans le Code monétaire et financier), transposant la directive du 10 mai 1993 sur les services d'investissement en valeurs mobilières (DSI). Cette loi marque l'influence de plus en plus marquante du Traité de Rome sur la législation des sociétés commerciales ³.

En 1999, la loi du 12 juillet sur l'innovation et la recherche a bouleversé notre droit des sociétés en banalisant la société par actions simplifiée (SAS) qui laisse une très large place à la liberté contractuelle et en permettant la création de la SAS unipersonnelle (SASU, *infra*, n^{os} 595-1 s.).

Une loi du 16 décembre 1999 a habilité le Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes. C'est ainsi que l'ordonnance du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du nouveau **Code de commerce** est entrée immédiatement en vigueur ⁴ !

1. V. les commentaires A. Viandier, *JCP* 1989, I, 3420 et éd. E 15612 ; C. Gavalda, *Rev. sociétés* 1990, 1 ; A. Couret, D. Martin et L. Faugérolas, numéro spécial *Bull. Joly*, 11 bis, 1989 ; J. Stoufflet et J.-P. Deschanel, *Banque* 1990, p. 27. *Addé* Travaux du colloque de l'Association nationale des docteurs en droit et de l'Association des juristes d'affaires de Paris I, Paris 26 et 27 sept. 1989, édités par *GLN Joly*, nov. 1989 et biblio. thématique in *Rev. sociétés* 1990, p. 523.

2. V. en ce sens, rapport V. Hollard présentant une quarantaine de propositions de modification en ce qui concerne la société anonyme (*Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris*, 1990) ; Rapport Marini, p. 29. Rapp. synthèse des actes du Colloque de Deauville 1990, in *Rev. jurispr. com.* 1991, p. 30, et l'ouvrage fondamental d'Y. Guyon, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, in *Traité des contrats* de J. Ghestin, LGDJ, 5^e éd. 2002.

3. V. de façon plus générale, sur l'inflation des euro-normes, B. Oppetit, *L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême*, D. 1990, Chron. 73.

4. Sur les très vives critiques suscitées par cette codification, cf. par ex. D. Bureau et N. Mol-fessis, *Le nouveau code de commerce ? Une mystification*, D. 2001, Chron. p. 361 ; Y. Guyon, *Rev. Sociétés* 2000, p. 647 et sur les aspects de droit pénal, Th. Garé, *Bull. Joly* 2000, p. 885, n^o 226 ; H. Matsopoulou, *DA* 2001, p. 2021. La codification du droit des sociétés n'est cependant que

La codification a été opérée « à droit constant », « sous la seule réserve des modifications... rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit » (art. 1^{er}). Le Code monétaire et financier, qui comprend de nombreuses dispositions intéressant le droit des sociétés, a été instauré par l'ordonnance du 14 décembre 2000.

Inspirée des idées du gouvernement d'entreprise, la **loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques** (« loi NRE ») tend, dans son volet droit des sociétés et droit boursier, à assurer une plus grande transparence et une meilleure répartition des pouvoirs au sein des sociétés anonymes avec conseil d'administration ¹. La **loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003** fusionne la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil des marchés financiers (CMF) sous le nom d'Autorité des marchés financiers (AMF) et modernise le contrôle légal des comptes, en renforçant la surveillance et l'indépendance des commissaires aux comptes (cf. art. L. 820-1 et s. C. com.). Ces différentes mesures sont destinées à redonner confiance aux marchés à la suite des scandales *Enron* et *Worldcom* survenus aux USA (*infra* n^{os} 19, 499). Le même jour est publiée la loi pour l'initiative économique. En 2004, l'ordonnance du 24 juin a réformé de façon très sensible les augmentations de capital et les valeurs mobilières émises par les sociétés de capitaux (*infra*, n^{os} 267 s.). La « loi Breton » du 26 juillet 2005 tend à développer « la confiance et la modernisation de l'économie » ². La loi du 2 août 2005 a été prise en faveur des petites et moyennes entreprises ³. La loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat vise à donner un nouveau souffle à l'actionnariat salarié. La **loi de modernisation de l'économie (LME)**, n^o 2008-776, du 4 août 2008 tend à favoriser la création et le développement des PME et à simplifier leur fonctionnement, en particulier lorsqu'elles exercent leur activité sous forme de SARL ou de SAS. Deux ordonnances ont été publiées en 2009 afin de répondre aux exigences internationales, celle du 8 janvier est relative aux instruments financiers, celle du 22 janvier a supprimé la notion d'appel public à l'épargne.

partielle puisque, notamment, les sociétés civiles et les dispositions communes à toutes les sociétés restent régies par les dispositions du Code civil. L'ordonnance du 18 sept. 2000 relative à la partie législative du Code a été ratifiée par la loi n^o 2003-7 du 3 janv. 2003 (art. 50). Les dispositions réglementaires ont été intégrées dans le Code de commerce par un décret du 25 mars 2007.

1. Sur cette loi, cf. A. Viandier, *Sociétés et loi NRE, Dossiers pratiques Francis Lefebvre*, 2^e éd. 2002 ; D. Bureau, *Bull. Joly* 2001, p. 553, n^o 149.

2. V. les commentaires de B. Saintourens, *Rev. sociétés* 2005, p. 527 ; J. J. Daigre, *id.*, p. 559 ; H. Hovasse, *Dr. sociétés*, nov. 2005, p. 20 ; G. Notté, *JCP E* 2005, Act. 225, p. 1307.

3. Cf. B. Saintourens, *Rev. sociétés* 2005, p. 527 ; H. Lécuyer, *Dr. sociétés* nov. 2005, p. 14.

§ 4. L'influence du Traité de Rome ¹

Un effort très important a été accompli pour la coordination des législations des États membres de l'Union européenne par l'adoption de *directives* qui ont déjà entraîné de nombreuses modifications de la loi française. La création d'une *société européenne* a cependant été plus laborieuse. Actuellement, le droit communautaire tend pour l'essentiel à obtenir une transparence accrue des sociétés en matière comptable et financière et une mobilité renforcée des entreprises ². De son côté, la *Cour de justice* contribue peu à peu à la création d'une jurisprudence européenne des sociétés ³.

19 *Directives européennes* ⁴ ◇ L'article 44 du Traité instituant la Communauté européenne définit les tâches qui doivent être réalisées par le Conseil de l'Union et la Commission de Bruxelles en vue de supprimer les restrictions à la liberté d'établissement.

Concernant plus particulièrement le droit des sociétés, l'article 44-2-f prévoit la suppression progressive des restrictions relatives à la création d'agences, de succursales ou de filiales ainsi qu'aux conditions d'entrée du personnel du principal établissement dans les organes de gestion ou de surveillance de celles-ci. L'article 44-2-g donne au Conseil le pouvoir de coordonner, dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ⁵.

1. V. Colloque Droit et Commerce, Deauville, juin 1987, *L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France*, RJ com. 1987, spéc. rapports C. Bolze, M. Germain et Y. Reinhard ; Cl. Ducouloux-Favard, *Trente années d'influence du droit communautaire sur le droit français des sociétés*, Rev. sociétés 1995, p. 649 ; V. Magnier, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ 1999, préf. P. Didier ; B. Lecourt, *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, LGDJ 2000, préf. Y. Guyon. Relativement au droit fiscal, le Traité de Rome ne contient pas de disposition pour la détermination des règles applicables aux impôts directs (dont font partie l'IS et l'IRPP). Néanmoins, la jurisprudence l'invoque souvent, par l'intermédiaire de son article 43 sur les libertés de circulation et d'établissement, afin de sanctionner les États y contrevenant.

2. M. Luby, *Le droit communautaire des sociétés en 2002 : coup de houle à l'horizon ? Dr. sociétés* mai 2003, p. 9.

3. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Domat — Montchrestien 2001.

4. B. Lecourt, *L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? Rev. sociétés* 2004, p. 223 ; M. Luby, *Droit communautaire des sociétés : qui tient la barre en 2003 ? Dr. sociétés*, juin 2004, p. 7 et *Droit communautaire des sociétés en 2004 : cap sur la transparence*, Dr. sociétés, mai 2005, p. 7. Sur l'obligation pour les États membres de transposer les directives dans les délais, CJCE 13 janv. 1993, D. 1993, p. 566, J.-L. Clergerie ; sur l'effet direct d'une directive en l'absence de transposition dans un État membre, CJCE, 13 nov. 1990, JCP E 1991, II, 156, P. Level ; RTD com. 1991, p. 68, n° 16, Cl. Champaud ; B. Saintourens in Bull. Joly 1991, p. 123, n° 41.

5. Les sociétés appelées à bénéficier de la liberté d'établissement sont les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif (art. 48, al. 2,

À fin d'harmonisation, le Conseil des Communautés a jusqu'à présent adopté onze directives en matière de sociétés ¹ :

- première directive du 9 mars 1968 (JOCE n° L. 65 du 14 mars 1968) ² sur la publicité, la validité des engagements sociaux, les cas de nullité. Le droit français a été mis en harmonie par l'ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969 ;

- deuxième directive du 13 décembre 1976 (JOCE n° L. 26 du 31 janvier 1977) sur la constitution des sociétés anonymes, le maintien de l'intégrité de leur capital et ses modifications. L'harmonisation du droit français a été réalisée par la loi du 30 décembre 1981 ; cette directive a été complétée par une directive n° 92/101 du 23 novembre 1992 (JOCE n° L 347 du 28 novembre 1992). Une nouvelle modification est intervenue avec la directive du 6 septembre 2006 (JOUE 25 sept. 2006, L. 264) ³.

- troisième directive du 9 octobre 1978 (JOCE n° L. 295 du 20 octobre 1978) sur la protection des actionnaires et des tiers à l'occasion des fusions de sociétés anonymes. Les retouches imposées par cette directive ont été apportées par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 ;

- quatrième directive du 25 juillet 1978 (JOCE n° L. 222 du 14 août 1978) sur la structure et le contenu des comptes annuels. Le droit français a été mis en harmonie par la loi du 30 avril 1983 ;

- sixième directive du 17 décembre 1982 (JOCE n° L. 378 du 31 décembre 1982) sur les scissions de sociétés anonymes. L'harmonisation a été opérée par la loi précitée du 5 janvier 1988 ;

- septième directive du 13 juin 1983 (JOCE n° L. 193 du 18 juillet 1983) sur les conditions dans lesquelles les sociétés doivent établir des comptes consolidés. Elle a été introduite dans notre droit par la loi du 3 janvier 1985 ;

Traité). Cf. par ex. CJCE 5 nov. 2002 (aff. *Überseering*), JCP E 2003, p. 520, n° 448, M. Menjucq ; Rev. sociétés 2003, p. 315, J. Ph. Dom (liberté d'établissement et rattachement des sociétés).

1. En ce qui concerne le *droit fiscal* des sociétés, on retiendra les deux principales directives en matière d'impôt sur les sociétés édictées le 23 juill. 1990 : la première (n° 90/435/CEE ; Dr. fisc. 1990, p. 1298 ; modifiée par la directive 03/123/CE du 22 déc. 2003, JOUE, n° L 7, 13/1/04, p. 41) est relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ; la seconde (n° 90/434 ; Dr. fisc. 1990, p. 1298 ; modifiée par la directive 2005/19/CE du 17 févr. 2005, JOUE, n° L 58, 4/3/05, p. 19) concerne la fiscalité des opérations de fusion et assimilées entre sociétés d'États membres différents. Existe également une directive sur les apports en société du 17 juill. 1969, plusieurs fois remaniée (pour le texte actuellement en vigueur, Dr. fisc. 1991, comm. 875). À signaler également, une directive et une résolution connexe relatives à la fiscalité des revenus de l'épargne (2003/48/CE ; transposée par l'art. 24 L. n° 2003-1312, 30/12/03 ; Instr. 12 janv. 2006, BOI 5 I-1-06), une directive concernant l'imposition des intérêts et redevances versés entre entreprises associées (2003/49/CE ; transposée par l'art. 27 L. n° 2003-1312, 30/12/03) et la directive 2003/93/CE du 27 oct. 2003 (modifiant la directive 77/799/CEE), concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs et indirects.

2. Sur les modifications envisagées de cette directive, cf. Communiqué Bruxelles 11 juin 2003, JCP E 2003, Act. N° 182, p. 1021 ; D. 2003, p. 2219 (dépôt des actes par voie électronique).

3. Cette directive, qui tend à permettre aux SA de prendre plus facilement certaines mesures affectant le volume, la structure et la propriété de leur capital devra être transposée au plus tard le 15 avr. 2008. Cf. B. Lecourt, Rev. sociétés 2006, p. 673.

- huitième directive du 10 avril 1984 (JOCE n° L. 126 du 12 mai 1984) sur les conditions que doivent remplir les personnes exerçant les fonctions de commissaire aux comptes. Elle a été abrogée et remplacée par la directive du 17 mai 2006 concernant le contrôle légal des comptes annuels ¹ qui a été transposée par l'ordonnance du 8 décembre 2008 (v. égal. D. 30 déc. 2008).
- dixième directive du 26 octobre 2005, tendant à permettre les fusions entre sociétés de capitaux relevant d'États membres différents (*infra*, n° 674-1). Elle a été transposée par une loi du 3 juillet 2008.
- onzième directive concernant les formalités de publicité à la charge des sociétés d'un État membre qui ouvrent une succursale dans un autre État membre du 21 décembre 1989 (JOCE n° L. 395 du 30 décembre 1989) ² ;
- douzième directive du 21 décembre 1989 (JOCE n° L. 395 du 30 décembre 1989) concernant les sociétés à responsabilité limitée unipersonnelles.
- treizième directive du 21 avril 2004 (JOUE 2004 n° L. 142 du 30 avril, p. 12) concernant les offres publiques d'acquisition ou d'échange ³. Elle a nécessité quinze ans de négociations avant que l'on puisse arriver à un accord définitif. Elle tend à faciliter les OPA – OPE transfrontalières en fixant un minimum de règles communes destinées à protéger les intérêts des actionnaires et des tiers (information sur l'offre, prix équitable pour les minoritaires, protection des salariés). La directive a été transposée par la loi du 31 mars 2006 ⁴.

Outre ces onze directives adoptées par le Conseil, plusieurs autres lui ont été proposées :

- la cinquième directive sur la structure des sociétés anonymes, les pouvoirs et les obligations de leurs organes. Le projet initial avait été présenté le 9 octobre 1972. À la suite de nombreuses modifications, une nouvelle proposition a été présentée au Conseil des Communautés le 19 août 1983 (JOCE n° C. 240 du 9 septembre 1983). Ce projet n'est actuellement plus à l'ordre du jour.

La neuvième directive sur les groupes de sociétés est à l'étude ⁵.

Une douzaine de directives ont été également adoptées en matière de droits financier et boursier. On signalera particulièrement la directive du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés ⁶, celle du 28 mai 2001 regroupant plusieurs directives antérieures (JOCE 6 juillet 2001, L. 184), celle du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les abus

1. Cf. J. F. Barbière, *Bull. Joly* 2006, p. 1183, n° 247 ; B. Lecourt, *Rev. sociétés* 2006, p. 435.

2. Cf. D. 16 juin 1992 et G. Baranger, *La succursale en France des Sociétés étrangères*, *Bull. Joly*, 1992, p. 736, n° 237 ; *Dr. sociétés* 1992, n° 184, H. Le Nabasque ; J. Derruppé, *RTD com.* 1992, p. 581, n° 2.

3. P. Servan-Schreiber et A. W. Grumberg, *Défenses anti-OPA, Adoption de la directive européenne sur les OPA et enjeux pour les entreprises françaises*, *JCP E* 2004, 1598.

4. V. les commentaires de M. N. Dompé, *Dr. sociétés*, nov. 2006, p. 5 ; A. Charvériat, *BRDA*, 9-2006, p. 12 ; C. Malécki, *D.* 2006, p. 2314.

5. Cf. F. Blanquet, *Droit communautaire des sociétés de capitaux : quelles tendances générales prévisibles à l'aube du 3^e millénaire ?*, *Rev. sociétés* 2000, p. 73.

6. JOCE 18 nov. 1989, L. 334 ; *JCP* 1989, III, 63-324.

de marché et celle du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (MIF) ¹, la « directive prospectus » du 29 avril 2004, la « directive transparence » du 15 décembre 2004 ², la directive du 11 juillet 2007 concernant l'**exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées**, tendant à améliorer l'information des non-résidents et à faciliter l'exercice de leur droit de vote ³. La loi du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier a mis en harmonie notre droit interne avec des normes européennes disparates ⁴.

Le Conseil des communautés a également établi un contrôle des opérations de concentration d'entreprises importantes afin d'éviter qu'elles portent atteinte à la concurrence (règlement du 20 janv. 2004, *infra*, n° 673) ⁵ ⁶.

Tirant les leçons du scandale *Enron* ⁷, la Commission européenne a présenté le 21 mai 2003 un plan d'action pour « la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'U.E. ». Le plan prévoit un ensemble de propositions, étalées dans le temps, regroupées sous les principaux titres suivants : gouvernement d'entreprise, maintien et modification du capital, groupes et pyramides, restructuration et mobilité des sociétés... ⁸.

Afin de réduire les charges qui pèsent sur les sociétés dans l'Union européenne, la Commission a ouvert en juillet 2007 une consultation en vue de recueillir les avis sur une série de mesures de simplification.

1. Complétée par la directive d'application du 10 août 2006. Les dispositions de nature législative de la directive « MIF » ont été transposées par l'ord. du 12 avr. 2007, cf. M. Storck, *RTD com.* 2007, p. 399.

2. Transposée par la « loi Breton » du 26 juill. 2005. v. commentaire H. Grignon-Dumoulin in *Rev. sociétés* 2007, p. 281.

3. *JOUE* L. 184 du 14 juillet 2007, devant être transposée avant le 4 août 2009 ; v. les commentaires de B. Lecourt, in *Rev. sociétés* 2007, p. 423 ; I. Tchotourian, *D.* 2007, p. 1716 ; M. Storck, *RTD com.* 2007, p. 562 ; C. Malecki, *Bull. Joly* 2007, p. 928, n° 266.

4. Par ex. pour les franchissements de seuils, pour les informations des actionnaires sur les titulaires de participations significatives ; cf. *BRDA* n° 1-2008, p. 15.

5. Cf. F. Brunet, G. Canivet et alii, *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008.

6. Concernant le *droit fiscal* des sociétés, il faut enfin relever l'importance majeure des conventions fiscales bilatérales que la France a signées avec de très nombreux États (117 au 1^{er} janv. 2009) qui visent principalement à éviter ou atténuer les phénomènes de doubles impositions (Instr. 11 mars 2009, *BOI* 14 A-1-09 : liste des conventions à jour à cette date). Sur l'application de la jurisprudence relative à la fraude à la loi dans l'usage des conventions fiscales bilatérales, CE 29 déc. 2006, *Sté Bank of Scotland*, *Dr. fisc.* 2007, n° 4, comm. 87, concl. F. Sénors, note O. Fouquet. Sur l'articulation des conventions et du droit interne, CE 28 juin 2002, *Schneider Electric*, *RJF* 10/02, n° 1080, chr. L. Olléon, p. 755 ; S. Austry et D. Gutmann, *Articulation des conventions et du droit interne*, *FR Lefebvre* 53-07, p. 11. Sur l'articulation des conventions et du droit communautaire, M.-Ch. Bergerès, *Droit communautaire et conventions fiscales internationales*, *Dr. fisc.* 2007, n° 19, p. 487.

7. Cf. *Les leçons d'Enron*, *Capitalisme*, La déchirure, sous dir. M. A. Frison-Roche, Autrement 2003.

8. G. Goffaux-Callebaut, *Le plan d'action de la Commission européenne en droit des sociétés : une approche française*, *Bull. Joly* 2003, p. 997, n° 213 ; B. Lecourt, *Rev. sociétés* 2006, p. 436.

20 Reconnaissance mutuelle ; lente gestation du projet de société européenne ; GEIE ◇ L'article 293 du Traité de Rome prévoyait que les États membres devaient engager entre eux des négociations en vue d'assurer « la reconnaissance mutuelle des sociétés, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes ». Sur cette base, une convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés a été signée à Bruxelles le 29 février 1968 ¹.

L'œuvre d'harmonisation accomplie entre les législations des différents États membres est déjà importante, mais il avait été estimé depuis longtemps qu'il était du plus grand intérêt pour le développement de l'économie européenne d'aboutir à la reconnaissance d'une *société européenne* dont le régime juridique serait le même dans tous les États membres et qui ne serait rattachée juridiquement à aucun pays. La première proposition relative à une société anonyme européenne remonte à 1970 ². Modifiée en 1975, cette proposition n'avait plus été discutée par le Conseil des Ministres depuis 1982 ³. Les divergences étaient en effet très fortes entre les États membres sur la place à accorder aux salariés dans les organes sociaux. Finalement, un accord a pu se dégager lors du « sommet de Nice » de décembre 2000 (*infra*, n° 20-1) débouchant sur un règlement communautaire du 8 octobre 2001 ⁴ et une directive visant à impliquer les salariés dans les décisions affectant la vie sociale de la société européenne (SE).

Plus modestement, le Conseil des Communautés européennes avait adopté dès 1985 un règlement instituant le *groupement européen d'intérêt économique* (GEIE) permettant, comme le GIE français, de faciliter ou développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité (*infra*, n°s 634-1 s.).

20-1 La société européenne (SE) ⁵ ◇ Le principal objectif de la *societas europaea* (SE) est de libérer les sociétés concernées des contraintes juridiques et pratiques qui résultent de l'existence de vingt-sept réglementations différentes. La société européenne n'adopte pas la nationalité de l'État dans lequel elle a son siège statutaire. Ses règles de constitution et de fonctionne-

1. V. Le texte de la convention et le rapport de présentation in *RTD eur.* 1968, 401 ; B. Goldman, *La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la CEE*, in Études offertes à L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p. 175.

2. JOCE n° C. 124 du 10 oct. 1970.

3. V. sur cette gestation difficile, G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, n° 1373 et les nombreuses références bibliographiques citées.

4. Sur la complexité de ce règlement, G. Blanc, D. 2002, p. 1052.

5. M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Domat 2001 ; *Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ?* D. 2003, p. 2874 ; J. L. Colombani et M. Favero, *Societas europaea — La société européenne*, Joly éditions 2002 ; M. Luby, *La SE : beaucoup de bruit pour rien (ou si peu...)* ! Dr. sociétés, févr. 2002, p. 4. Sur les modifications apportées par la loi du 3 juillet 2008, cf. BRDA n° 12-2008, p. 4.

ment sont en principe régies par les dispositions spécifiques du règlement. Si celui-ci est muet, dès lors que la SE a son siège statutaire en France, s'appliquent les articles L. 229-1 s. et R. 229-1 s., les dispositions applicables aux sociétés anonymes et les clauses statutaires autorisées.

En France, la mise en place des mesures nécessaires à la constitution et au fonctionnement de la SE et la transposition de la directive résultent de la « loi Breton » du 26 juillet 2005 pour la modernisation de l'économie qui a modifié le Code de commerce (art. L. 229-1 s.) et le Code du travail (art. L. 2351-1 s.)¹. Le dispositif a été complété par deux décrets, l'un du 14 avril 2006², modifiant le décret du 23 mars 1967, l'autre du 9 novembre 2006³ sur l'implication des salariés.

La **constitution** de la SE peut intervenir par fusion de sociétés anonymes, par création par des SA ou des SARL d'une SE holding, par constitution d'une SE filiale commune ou par transformation d'une société anonyme existante. Dans les trois premiers cas, deux des sociétés fondatrices au moins doivent relever du droit d'États membres différents. Dans le quatrième, la société doit avoir une filiale relevant du droit d'un autre État membre depuis au moins deux ans. Une société européenne peut également constituer une société européenne unipersonnelle dont elle est le seul actionnaire (art. L. 229-6).

Les dirigeants des sociétés participant à la constitution de la SE doivent inviter un groupe spécial de négociation à se réunir pour déterminer avec eux les modalités de l'**implication des salariés** (art. L. 2352-9 et L. 2352-2 C. trav.). À défaut d'accord, en cas de transformation d'une société anonyme en SE, le mécanisme de participation des salariés au conseil d'administration (ou de surveillance) de la SA continue à s'appliquer dans la SE. Dans les autres cas de constitution de la SE, un système optionnel est offert (cf. art. L. 2353-28 à 32 C. trav.).

Le siège de la SE doit être obligatoirement situé dans le même État membre que celui où est installée son administration centrale. La SE est immatriculée dans l'État membre de son siège statutaire. Toute SE régulièrement immatriculée au RCS peut transférer son siège dans un autre État membre (art. L. 229-2). En France, le capital social doit être au minimum de 225 000 € si la société fait appel public à l'épargne (art. L. 224-2 al. 1^{er}). Il peut n'être que de 120 000 € dans le cas contraire. Le capital est divisé en actions.

En ce qui concerne l'**organisation** de la SE, ses structures sont inspirées de celles de la société anonyme, une option étant prévue entre le système moniste (conseil d'administration) et le système dualiste (directoire et conseil de surveillance).

1. V. les commentaires de P. Le Cannu, *RTD com.* 2005, p. 779 ; C. Cathiard, *Dr. Sociétés*, déc. 2005, p. 7 ; janv. 2006, p. 5 ; B. Lecourt, *Rev. Sociétés* 2005, p. 701 ; M. Menjucq, F. Fages et L. Vuidard, *D.* 2007, p. 30.

2. Cf. P. Le Cannu, *RTD com.* 2006, p. 426 ; B. Lecourt, *Rev. Sociétés* 2006, p. 439 ; C. Cathiard, *JCP E* 2006, 2159, p. 1323.

3. Cf. A. Cerati-Gauthier, *JCP E* 2006, p. 2073, n° 532.

Le siège statutaire peut être transféré dans un autre État membre, où est située l'administration centrale de la SE, sans que cette opération entraîne la dissolution de la société ou la création d'une personne morale nouvelle ¹.

Sur le **plan fiscal**, le règlement est muet. En conséquence, sont applicables les dispositions du droit des États membres et du droit communautaire ². En France, la SE est fiscalement traitée comme une SA ³.

La société européenne présente des avantages indéniables, en particulier avec les facilités qu'elle offre pour les fusions transfrontalières et les transferts de sièges sociaux. Elle semble cependant plus utilisée comme outil de restructuration interne que comme un instrument permettant de réaliser des fusions-acquisitions intra-communautaires. Son démarrage a été timide, puis s'est accéléré, avec environ 260 SE créées au 1^{er} octobre 2008 au sein de l'Union européenne, les plus nombreuses étant en Allemagne (83) et en République Tchèque (79). La France n'abrite que quelques SE (dont trois pour le groupe *Scor*) ⁴. Dans un rapport remis au garde des Sceaux le 19 mars 2007 en vue de développer les SE, Mme Noëlle Lenoir a proposé diverses améliorations qui pourraient être prises en compte par la Commission européenne lors de la révision du statut de la SE qui devrait intervenir prochainement ⁵.

Un fort courant s'est fait jour depuis quelques années en faveur de la création d'une **société privée européenne (SPE)** ⁶. La Commission européenne a présenté le 25 juin 2008 un projet permettant la création d'une SPE qui fonctionnera selon les mêmes principes uniformes dans tous les États membres. Grâce à la SPE, les PME pourront exercer leurs activités dans leur propre État membre ou dans un autre, sans

1. Sur les conditions d'opposition au transfert du siège social, cf. art. L. 229-4 nouv.

2. M. Menjucq, *La société européenne (règlement CE n° 2157/2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001)*, *Rev. sociétés* 2002, p. 224, spéc. p. 233 ; J.-P. Dom, F. Collin et J.-C. Parot, *La société européenne*, *Dr. sociétés*, *Actes prat.* mai-juin 2002, p. 5 (spéc. n°s 37 s.) ; J.-L. Pierre, *Fiscalité de la SE : pratiquement tout reste à faire*, *Dr. sociétés* févr. 2002, p. 3 ; J.-C. Parot, *La société européenne - Aspects de droit fiscal*, in *La société européenne entre son passé et son avenir*, *Dr. et patr.* avr. 2004, n° 125, p. 49, dossier, spéc. p. 93 s. ; N. Lenoir, P.-P. Bruneau et M. Menjucq, *Les enjeux de la localisation de la SE dans l'espace européen*, *Dr. et patr.* oct. 2007, n° 163, p. 62, dossier, spéc. p. 64 s. Sur la mise en conformité du règlement SE avec d'autres textes communautaires : la directive relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents inclut expressément depuis sa modification (directive 03/123/CE du 22 déc. 2003) la SE ; égal., la directive « fusions », (directive 2005/19/CE du 17 févr. 2005). Sur la suppression de la taxation immédiate des bénéfices en sursis d'imposition et des plus-values latentes des sociétés françaises transférant leur siège dans un autre État de l'Union, *infra* n° 87-1.

3. Sur un éventuel statut fiscal unique en France de la société européenne, cf. R.M. JO Sén., 3 janv. 2002, p. 27. ; *Bull. Joly* 2002, p. 146, n° 32.

4. N. Lenoir, in *Les Annonces de la Seine*, 16 octobre 2008. V. égal. M. Menjucq, *Premiers pas et premier bilan de la société européenne en France*, *Rev. sociétés* 2007, p. 253 et les critiques de J. P. Brouillaud, *La SAE : la société approximativement européenne*, *JCP E* 2007, 1100.

5. *La Societas Europaea ou SE, Pour une citoyenneté européenne de l'entreprise*, *La Documentation française* 2007, coll. Rapports officiels. Comp. pour un projet de loi modèle européenne en droit des sociétés (*European Model Company Law Act*), Th. Baums, *Rev. Sociétés* 2008, p. 81.

6. V. Commentaire B. Lecourt sur la synthèse des réponses à la consultation sur la société privée européenne, *Doc. Commission europ.*, déc. 2007, in *Rev. Sociétés* 2008, p. 204 et 437.

avoir à créer de filiales. Afin de faciliter leur création, le projet prévoit même que leur capital social pourra n'être que d'un seul euro ¹.

§ 5. Nature juridique de la société

C'est une question classique que de se demander si la société doit s'analyser comme un contrat ou être considérée comme une institution. Le débat a été renouvelé par la loi du 11 juillet 1985 autorisant la création de sociétés unipersonnelles, mais les auteurs considèrent toujours qu'au sein de la société jouent à la fois des règles de nature contractuelle et des dispositions de type institutionnel.

- 21 **Conception contractuelle** ² ◇ Cette conception a été surtout à l'honneur au XIX^e siècle ³. Le dogme de l'autonomie de la volonté conduit à rattacher à la volonté individuelle le plus grand nombre de solutions juridiques. Comme le mariage, la société est un contrat. L'article 1832 aliéna 1^{er} du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 11 juillet 1985, continue à envisager la société comme un contrat, et de nombreuses règles du droit des sociétés appartiennent à la technique contractuelle. C'est ainsi que la société doit satisfaire aux conditions de validité des contrats (consentement, capacité, objet ; v. *infra*, n^{os} 45 s.), et que son fonctionnement peut s'expliquer par le droit des contrats (par ex. mandat donné au gérant d'administrer la société) ⁴.

L'explication purement contractuelle est cependant insuffisante dans la mesure où le législateur règle lui-même de façon impérative les conditions de constitution de la société. De même, la société n'accède à la vie juridique que par une formalité administrative, l'immatriculation, et non par la seule volonté des associés. La personne morale a des intérêts propres, distincts de ceux des associés. Les dirigeants sociaux désignés dans les conditions imposées par la loi sont dotés de pouvoirs qui sont fixés par des règles impératives. Les statuts peuvent être modifiés à la majorité, alors que pour modifier un contrat l'unanimité des parties est requise ⁵.

Cependant, depuis les années 1990, un consensus s'est instauré visant à rompre avec les contraintes imposées par les deux grands types de sociétés

1. Sur ce *small business act* à l'européenne, cf. B. Lecourt, *Rev. sociétés* 2008, p. 684 ; M. Menjuq, *D.* 2008, p. 2954.

2. Th. Favario, *Regards civilistes sur le contrat de société*, *Rev. Sociétés* 2008, p. 53.

3. V. Cl. Champaud, *Le contrat de société existe-t-il encore ?* in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux et Recherches de la Faculté de Rennes, *Economica* 1987, p. 125, montrant le déclin du concept contractuel dans la notion de société et la renaissance du phénomène contractuel dans la vie des sociétés ; M. Jeantin, *Droit des obligations et droit des sociétés*, in *Mélanges L. Boyer*, 1996.

4. Cf. également art. 1842 al. 2 C. civ. sur les rapports entre associés pendant la période de fondation, jusqu'à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. V. égal. D. Cholet, *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, *D.* 2004, p. 1141.

5. R. Vatinet, *Le mutuius dissensus*, *RTD civ.* 1987, p. 252.

que sont la SARL et la société anonyme. Un mouvement très favorable à la contractualisation s'est développé et même concrétisé avec la SAS, la SASU (L. 12 juillet 1999, *infra*, n^{os} 595-1 s.) et la société unipersonnelle d'investissement à risque – SUIR – (L. 30 décembre 2003, *infra*, n^o 595-2) ¹.

22 Conception institutionnelle ² ◇ Ces règles, impossibles à justifier par le droit des contrats, trouvent une explication grâce à la théorie institutionnelle de la société. L'institution est un ensemble de règles qui organisent de façon impérative et durable un groupement de personnes autour d'un but déterminé ; les droits et intérêts privés sont subordonnés au but social qu'il s'agit d'atteindre ³.

Ainsi, les droits des associés ne sont pas définitivement figés dans l'acte constitutif, mais peuvent être modifiés par décision de la majorité au nom de l'intérêt social ; les dirigeants de la société ne sont pas des mandataires, mais des organes chargés de mettre en œuvre la volonté commune ; les décisions, bien qu'adoptées par la majorité, peuvent être annulées si elles sont contraires à l'intérêt social.

La théorie institutionnelle est admise par la jurisprudence ⁴ et désormais consacrée par la loi, puisque l'article 1832 alinéa 2 du Code civil (rédaction L. 11 juillet 1985) permet, dans certains cas, qu'une société soit « instituée... par l'acte de volonté d'une seule personne ». La théorie contractuelle est complètement inadaptée au concept de société unipersonnelle ⁵.

23 La société, contrat et institution ◇ Aucune de ces deux théories, contractuelle ou institutionnelle, n'est cependant assez satisfaisante en elle-même pour exclure l'autre. « L'institution » n'est pas assez précise et néglige trop l'acte constitutif, de nature contractuelle (ou exceptionnellement acte unilatéral) qui est à l'origine de la société.

Une synthèse est nécessaire, et la plupart des auteurs reconnaissent qu'au sein de la société coexistent des règles de type contractuel et de type institutionnel ⁶. Les dispositions contractuelles étant par exemple plus marquées

1. Cf. *supra*, n^o 18 in fine et réf. cit. ; V. égal. J. Mestre, *La société est bien encore un contrat*, in *Mélanges J. Mouly*, Litec 1998, t. 2, p. 131 ; J.-P. Bertrel, *Liberté contractuelle et sociétés*, *RTD com.* 1996, p. 595 ; J. Prieur, *Droit des contrats et droit des sociétés*, in *Mélanges A. Sayag*, Litec 1997, p. 371 ; R. Libchaber, *La société, contrat spécial*, in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281.

2. Sur la théorie générale de l'institution, qui est d'origine publiciste, v. par ex. M. Hauriou, *Théorie de l'institution et de la fondation*, 1925.

3. Cf. *Mémento Lefebvre*, n^{os} 50 s.

4. Par ex. Paris, 26 mars 1966, *RTD com.* 1966, p. 349, n^o 3, obs. R. Houin ; Reims 24 avr. 1989, *JCP E* 1990, II, 15 677, n^o 2, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1990, 77, Y.G. ; *RTD com.* 1989, p. 683, n^o 8, Y. Reinhard ; *Gaz. Pal.* 1989, II, somm. 431, P. de Fontbressin.

5. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain, n^{os} 1056-19 s.

6. Cf. par ex. J.-P. Bertrel, *Le débat sur la nature de la société*, in *Mélanges A. Sayag*, Litec, 1997, p. 131.

dans les sociétés en nom collectif que dans les sociétés par actions¹, où l'institution fait reculer le contrat², sauf dans la SAS. Le législateur a finalement fait preuve de beaucoup de sagesse dans la rédaction qu'il a donnée à l'article 1832 alinéa 1^{er} du Code civil : « la société est *instituée* par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un *contrat* d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

Au-delà de ce constat, les divergences apparaissent entre les auteurs car il est impossible de donner une nature unique à des sociétés aussi diverses³.

24 Plan du Précis ◇ Ce *Précis*, consacré aux sociétés commerciales, sera divisé en trois parties. La première exposera les règles communes à toutes les sociétés commerciales. La deuxième, la plus fournie, concernera les règles propres à chaque type de société, avec des développements importants pour les sociétés les plus nombreuses en pratique, les SARL, et les plus puissantes économiquement, les sociétés anonymes. Enfin une troisième partie sera réservée aux groupes de sociétés.

1. Voyez, F. Derrida, *De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juill. 1966*, in *Mélanges Audinet*, PUF, 1968, p. 43.

2. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, *op. cit.*

3. V. en particulier les travaux de J. Paillusseau pour qui la société est avant tout une organisation juridique de l'entreprise, *La société anonyme, technique d'organisation juridique de l'entreprise*, Sirey, 1967 ; *Qu'est-ce que l'entreprise ?* in *L'entreprise : nouveaux apports*, *Economica* 1987, p. 11 ; *Le Big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle* (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires), *RJ com.* 1987, p. 377 ; *Les fondements du droit moderne des sociétés*, *JCP* 1984, I, 3148 et la réponse de J. Terray, *La société : une tradition bien vivante*, *JCP* 1984, I, 3154. V. également B. Mercadal, *La notion d'entreprise* in *Mélanges J. Derrupé*, 1991, p. 9. G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961.

PREMIÈRE PARTIE

RÈGLES COMMUNES À TOUTES LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Dans cette première partie seront étudiés successivement :

- les caractères fondamentaux des sociétés (chapitre 1) ;
- le contrat de société (chapitre 2) ;
- la personnalité morale des sociétés (chapitre 3).

CHAPITRE 1

CARACTÈRES FONDAMENTAUX DES SOCIÉTÉS

- 25 Éléments constitutifs** ◇ L'article 1832 du Code civil permet de dégager les différents éléments de la société : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter...*

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes » (al. 1 et 3).

L'alinéa 2 réserve le cas particulier des sociétés unipersonnelles : la société « *peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne* » (*infra*, n^{os} 231 s. ; 595-18 s.) ¹.

À partir de ce texte, trois éléments constitutifs doivent être réunis pour qu'une société soit instituée : il faut, en principe, une pluralité d'associés (section 1), qui mettent en commun des apports (section 2), et qui participent aux résultats (section 3). S'y ajoute un élément intentionnel, l'*affectio societatis* (section 4). Ces quatre conditions doivent être réunies pour qu'il y ait société.

SECTION 1. LA PLURALITÉ D'ASSOCIÉS

- 26 Lors de la constitution de la société** ◇ L'article 1832 alinéa 1^{er} du Code civil dispose qu'en principe une société exige le concours d'au moins deux personnes. Deux associés suffisent en effet pour créer une société de personnes ou une société à responsabilité limitée de type traditionnel. Mais quatre sont nécessaires dans les sociétés en commandite par actions et sept dans les sociétés anonymes.

Un nombre maximum d'associés n'est fixé que pour la société à responsabilité limitée qui ne peut pas en comprendre plus de cent (art. L. 223-3, *infra*, n^o 177). Dans les sociétés anonymes, le nombre d'actionnaires est très

1. Sur la tendance à la multiplication des sociétés unipersonnelles par le législateur, G. Chabot, *De l'évolution du droit de l'entreprise individuelle*, JCP E 2002, p. 1320, n^o 1202. V. en dernier lieu la société européenne unipersonnelle (art. L. 229-6 al. 1^{er}).

variable : il peut n'être que de sept réunis à grand-peine ou être de plusieurs millions.

Le succès des opérations de privatisation entreprises en 1986 et 1987 a entraîné une augmentation considérable du nombre des actionnaires : *Saint-Gobain* a compté plus d'un million et demi de souscripteurs, la *Compagnie Générale d'Électricité* (CGE, devenue *Alcatel-Lucent*) 2 240 000 (soit 20 fois plus d'actionnaires qu'avant sa nationalisation) ; l'*Air Liquide* qui était la société la plus importante en nombre d'actionnaires avant les dénationalisations n'en comptait que 250 000... Mais, dès le début de 1994, le nombre d'actionnaires des sociétés privatisées avait considérablement diminué : *Saint-Gobain* : 650 000 ; CGE : 600 000 (*Le Monde*, 16 févr. 1994, v. *infra*, n° 250). Le même phénomène s'est produit avec *France Télécom* (qui a compté 3,8 millions d'actionnaires individuels en octobre 1997, un mois plus tard, leur nombre s'était réduit de moitié, *La Tribune*, 18 nov. 1997).

27 Au cours de la vie sociale ◇ La pluralité d'associés doit exister non seulement lors de la constitution de la société, mais tout au long de la vie sociale. Or, un problème délicat peut se poser dans les sociétés ne comportant qu'un faible nombre d'associés : l'un des associés décède, son unique coassocié est son héritier ; ou l'un des associés rachète toutes les parts des autres associés. On est alors en présence d'une *société unipersonnelle*, d'une *société à main unique*.

Normalement, la société unipersonnelle devrait être dissoute, puisque contrairement à la théorie classique de l'unité du patrimoine ¹, on admettrait alors qu'une même personne puisse être à la tête de deux patrimoines. Ce n'est cependant pas la solution qui a été retenue par la loi de 1966 (anc. art. L. 9, repris et complété par l'art. 1844-5 C. civ.) : la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société ², celle-ci continue à vivre ³. Mais la situation ne peut être que temporaire et doit être régularisée. Plusieurs situations doivent être distinguées :

— L'associé unique peut soit céder une ou plusieurs de ses parts sociales à un ou plusieurs tiers, soit procéder à une augmentation de capital avec entrée de nouveaux associés. Il dispose d'un délai d'un an. Le tribunal peut

1. Cf. *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, T. I, *Introduction générale* par J. Ghestin et G. Goubeaux, 4^e éd., LGDJ 1994, n° 206 s.

2. Sous réserve de l'intention des parties, une cession d'actions ou de parts sociales ne peut donc être assimilée à une vente de fonds de commerce lorsque la cession porte sur la totalité des actions ou des parts au profit d'une seule personne, Com. 17 juill. 1973, *Rev. sociétés* 1974, 321, J.-P. Sortais. Comp. Com. 29 nov. 1971, *Rev. sociétés* 1972, 703, B. Oppetit ; Com. 13 févr. 1990, *Rev. sociétés* 1990, 251, P. Le Cannu. V. sur l'évolution de la position de l'administration fiscale en cas de cession massive de droits sociaux, *infra*, n° 657.

3. Paris, 23 sept. 1997, *RJDA* 1997, p. 1024, n° 1494.

même lui accorder un délai supplémentaire maximal de six mois ; et, il ne peut pas prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, la régularisation a eu lieu (art. 1844-5 al. 1^{er} C. civ.).

– L'associé unique peut préférer dissoudre la société par déclaration au greffe du tribunal de commerce en vue de la mention de la dissolution au registre du commerce et des sociétés. Il est alors nommé liquidateur de la société, à moins qu'il ne désigne une autre personne pour exercer cette fonction (art. 8 D. 3 juillet 1978).

La loi du 5 janvier 1988, afin de simplifier les formalités provoquées par la dissolution d'une société d'une seule personne, a décidé que désormais cette décision entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique sans qu'il y ait lieu à liquidation ¹. Et, comme en matière de fusion, les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans le délai de trente jours à compter de la publication de la dissolution. En ce cas, la décision de justice peut rejeter l'opposition ou ordonner soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. C'est seulement à l'issue de ce délai de trente jours (ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées) que la transmission du patrimoine est réalisée et que la personne morale disparaît (art. 1844-5 al. 3 C. civ.) ². La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a cependant décidé que cet alinéa 3 ne s'appliquait pas aux sociétés unipersonnelles dont l'associé unique était une personne physique (*infra* n° 245, EURL ; n° 595-20, SASU).

L'appartenance de l'*usufruit* de toutes les parts ou actions à la même personne est sans conséquence sur l'existence de la société (art. 1844-5 al. 2). *A contrario*, lorsqu'une seule personne détient la nue-propriété de toutes les parts ou actions, il y a société unipersonnelle quel que soit le nombre d'usufruitiers puisque ceux-ci, n'ayant pas fait d'apports, ne sont pas considérés comme ayant la qualité d'associé.

– Tout intéressé, en particulier l'administration fiscale, peut demander la dissolution si la société n'a pas été régularisée dans le délai d'un an (art. 1844-5 al. 1^{er} C. civ.).

1. Sur les conséquences en matière processuelle, Lyon, 13 sept. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 1017, n° 372, M.L. Coquelet.

2. Cf. M. Germain, *JCP* 1988, I, 3341, n° 4 s. ; F. Zénati, *RTD civ.* 1988, p. 410. Sur les conséquences fiscales d'une opération de dissolution sans liquidation, *infra* n° 116.

SECTION 2. LES APPORTS

28 Nécessité des apports ¹ ◇ Chaque associé doit obligatoirement faire un apport ², même si la société à laquelle il appartient n'est pas dotée de la personnalité morale (société en participation, société créée de fait). Il manifeste ainsi son *affectio societatis* et permet à la société d'exercer son activité.

L'apport est le bien (somme d'argent, immeuble, fonds de commerce, brevet...) dont l'associé transfère la propriété ou la jouissance à la société et en contrepartie duquel il reçoit des parts ou actions (art. 1843-2 al. 1 C. civ.).

Les apports, qui constituent le patrimoine initial de la société, peuvent être d'inégale importance et de nature différente. Ils doivent être effectifs. L'absence d'apport ou un apport fictif peut entraîner la nullité de la société (art. 1844-10 al. 1 et 1832 C. civ.) ³.

Est *fictif* l'apport d'un bien sans valeur (brevet périmé) ou d'un bien grevé d'un passif supérieur à la valeur brute de ce bien ⁴.

Si l'apport est *surévalué*, la responsabilité de l'apporteur est engagée, ainsi qu'éventuellement celle de ses coassociés dans la SARL (*infra*, n° 180). Mais la surévaluation n'est pas cause de nullité de cet apport, sauf dol ou fraude ⁵.

1. V. cependant l'article provocateur de Th. Massart, *La société sans apport*, in *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 289.

2. Rappr. la *tontine*, convention par laquelle plusieurs personnes, ayant chacune apporté des capitaux qu'elles ont placés en rentes, stipulent qu'au décès de chacune d'elles la rente du prémourant profitera aux survivants (sur les conséquences fiscales : art. 754 A CGI ; Instr. 14 janv. 2004, BOI 8 M-1-04 ; R.M. AN 20 juill. 2004, p. 5523). Par la *clause tontinière*, un père et un ou plusieurs de ses enfants prévoient dans les statuts d'une société qu'au décès de l'un d'eux, les autres associés deviendront automatiquement les détenteurs de ses droits sociaux. Cf. R.M. JO AN 8 sept. 1979, p. 7151, n° 12029 ; Jean-Guirec Raffray, *Tontine et société*, JCP 1988, I, 3327 ; M. Cozian, *La clause tontinière*, Dr. et patr. 1994, p. 22 ; F.-D. Poitral, *La clause de tontine dans les sociétés de capitaux*, Rev. sociétés 1996, p. 731 ; S. Castagné, *L'abécédaire de la tontine*, Dr. sociétés juin 1999, p. 5 ; G. Baffoy, *L'usage de la tontine en droit des sociétés*, JCP E 2003, 276 ; A. Chappert, *Le traitement fiscal d'une clause de tontine et de la renonciation à une telle clause*, Defrénois 2002, art. 37494, p. 285. La jurisprudence fiscale sur le sujet est rare : Chambéry 18 juin 2002 : RTD com. 2003, p. 190, obs. F. Deboissy (absence d'abus de droit) ; Chambéry 18 nov. 2003, Pernoud., RJF 7/04, n° 802 (art. 754 A CGI inapplicable ; cette décision relance l'intérêt de la tontine entre associés n'ayant pas de lien de parenté puisqu'elle permet la substitution d'un droit de 3 %, *supra* n° 4, au droit de succession de 60 %).

3. Paris, 1^{er} déc. 1992, Dr. sociétés 1993, n° 48, Th. Bonneau ; Paris 15 janv. 2008, RTD Com. 2008, p. 345, Cl. Champaud et D. Danet (fictivité non prouvée).

4. Civ. 3^e, 19 juin 1996, Bull. Joly 1996, p. 917, n° 330, P. Le Cannu ; JCP E 1996, I, 589, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain (apport libéré au moyen d'un emprunt consenti à la société) ; T. com. Honfleur, 20 nov. 1970, JCP 1971, II, 16628, J. Rousseau (apport d'un droit au bail, grevé d'une créance résultant du nantissement du fonds de commerce inscrit pour une somme atteignant presque le triple de la valeur attribuée à l'apport) ; Amiens, 30 avr. 1975, Journ. agrégés 1978, 310, J.-P. Sortais. V. égal. Ph. Engel, *L'apport en société d'un fonds de commerce : attention aux créanciers de l'apporteur* (art. 7, L. 1909) ; JCP E 1997, panor. p. 172.

5. Civ. 3^e, 20 déc. 2000, Bull. Joly 2001, p. 305, n° 81, H. Le Nabasque (action paulienne) ; T. com. Paris, 24 juin 1974, RJ com. 1977, 157, E. du Pontavice.

L'article 1843-3 du Code civil distingue trois catégories d'apports : l'apport en numéraire, l'apport en nature, l'apport en industrie ¹.

29 L'apport en numéraire ◇ L'apport en numéraire est un *apport en argent* ; c'est le plus habituel des apports. Lors de la *souscription*, une quote-part de l'apport doit être obligatoirement versée en application des dispositions statutaires ou légales (la moitié au minimum pour les sociétés anonymes, art. L. 225-3 al. 2 et L. 225-12 ; un cinquième pour les SARL, art. L. 223-7). La date de *libération* du surplus est fixée dans les mêmes conditions. La libération ², qui est le versement effectif des fonds dans la caisse sociale, peut s'opérer par un versement en espèces, remise d'un chèque bancaire, virement ³.

En cas d'inexécution de sa promesse d'apport, l'associé défaillant devient de plein droit débiteur des intérêts de la somme due à compter du jour où elle devait être payée, au taux légal ou statutaire. En outre, des dommages-intérêts peuvent être alloués à la société, si elle a subi un préjudice par suite du défaut de libération (par ex. elle a dû emprunter auprès de son banquier ; art. 1843-3 al. 5 C. civ.) ⁴. Ces solutions sont plus sévères que celles du droit civil puisque d'une part aucune mise en demeure n'est nécessaire pour que les intérêts moratoires courent et que d'autre part les dommages-intérêts peuvent être accordés même en l'absence de mauvaise foi du débiteur (art. 1153 C. civ.).

Il ne faut pas confondre l'apport en numéraire avec le versement en **compte-courant** ⁵. Pour que la société puisse faire face à ses besoins momentanés de trésorerie, les associés, généralement les dirigeants, lui consentent des avances ou des

1. Rapp. M. Geninet, *Les quasi-apports en société*, *Rev. sociétés* 1987, p. 25 à propos de la mise à disposition des sociétés de biens (bail rural) ou de sommes d'argent (prêts participatifs). Sur le point de savoir s'il vaut mieux apporter les immeubles à la société commerciale ou à une SCI, cf. G. Chauvin, *Immobilier d'entreprise : propriété de la société commerciale ou d'une SCI ?* JCP 1988, I, 3320.

2. Cf. bibliographie thématique, *La libération des apports*, *Rev. sociétés* 2002, p. 172.

3. Sur la possibilité d'une libération par compensation dans une société civile, dès lors que les statuts ne l'interdisent pas, Civ. 3^e, 28 nov. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 427, n° 93, N. Péterka ; *Dr. sociétés* 2002, n° 34, Th. Bonneau ; D. 2002, p. 215, M. Boizard.

4. En outre, depuis la loi NRE du 15 mai 2001, lorsqu'il n'a pas été procédé dans le délai légal aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité (art. 1843-3 al. 5 nouv. C. civ.). Sur le titulaire de l'action en libération d'apports, lorsque la société est en redressement judiciaire, Com. 12 oct. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 27, n° 2, A. Cérati-Gauthier ; *RTD com.* 2005, p. 96, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 125, M. H. Monsérié-Bon.

5. I. Urbain-Parléani, *Les comptes courants d'associés*, préf. C. Gavalda, LGDJ 1986 ; D. Danet, *Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique*, *RTD com.* 1993, p. 55 ; A. Schricke, *A propos des fonds reçus en comptes courants d'associés in Droit banc. et financ., Mélanges AEDBF*, 2001, p. 279. Cf. Com. 18 nov. 1986, *Rev. sociétés* 1987, 581, I. Urbain-Parléani ; JCP 1987, II, 20806, M. Jeantin ; Com. 24 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 871, n° 314, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 1997, n° 138, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1998, p. 153, Cl. Champaud et D. Danet ; Civ. 3^e, 3 févr. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 577, n° 125, A. Couret ; *Dr. sociétés* 1999, n° 68, Th. Bonneau. Sur la compétence des tribunaux de commerce, Com. 12 févr. 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 370, B. Saintourens.

prêts (versement de fonds, dividendes ou partie des rémunérations laissés à sa disposition). À la différence des apports qui sont enregistrés au bilan dans le compte « capital », ces avances ou prêts figurent en « compte courant ». L'associé est ainsi créancier de la société¹. Les intérêts versés sur les sommes déposées en compte courant sont des charges déductibles pour la société ; les associés, pour leur part, bénéficient d'un prélèvement forfaitaire ; afin d'éviter un développement abusif des comptes courants, certaines restrictions ont été instaurées, tenant aussi bien à la déductibilité des intérêts chez la société versante qu'à la possibilité pour leurs bénéficiaires d'opter pour le prélèvement à un taux de faveur.

La loi du 31 décembre 1990 sur les *sociétés d'exercice libéral* a prévu une réglementation des comptes courants d'associés qui fixe notamment le montant maximum des sommes susceptibles d'être mises à la disposition de la société et les conditions applicables au retrait de ces sommes (art. 14)².

29-1 Régime fiscal des comptes courants d'associés³ ◇

Ce régime peut être ainsi synthétisé⁴ :

1. C. de Watrigant, *Le remboursement du compte-courant d'associé*, *Dr. Sociétés*, mars 2001, p. 4. Sur le principe de libre retrait en fonction des besoins et des intérêts personnels de l'associé, à défaut de disposition statutaire ou de convention, Com. 15 juill. 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 75, J.-P. Sortais ; Com. 14 nov. 2006, *RTD com.* 2007, p. 140, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris, 5 mai 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 183, Th. Bonneau (abus de droit non démontré) ; Paris 25 oct. 2005, *RTD com.* 2006, p. 123, Cl. Champaud et D. Danet. Cf. A. Couret, *Dépendance ou indépendance des qualités d'associé et d'apporteur en compte courant*, *Bull. Joly* 1992, p. 7, n° 1. Sur l'impossibilité de faire dépendre le remboursement de l'associé de la seule volonté de la gérance (condition potestative), Com. 14 févr. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 960, n° 191, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2006, n° 77, J. Monet ; n° 138, H. Lécuyer (conditions de la renonciation à l'exigibilité immédiate du solde créditeur) ; Com. 9 oct. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 17, n° 3, J. F. Barbiéri. Sur le sort du compte-courant en cas de cession de titres, J. F. Barbiéri, *Bull. Joly* 2008, p. 160, n° 37 ; Com. 14 déc. 2004, *RJDA* 2005, p. 420, n° 502. Le compte courant est nécessairement clôturé à la dissolution de la société, sauf prorogation de son fonctionnement pour les besoins des opérations de liquidation, Com. 15 nov. 1994, *Dr. sociétés*, févr. 1995, p. 1, Th. Bonneau. Sur l'impossibilité de compensation entre une avance en compte courant et la dette résultant de la fraction non libérée du capital, faute de connexité, Paris, 25 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 525, n° 114 ; Com. 18 janv. 2000, *id.*, p. 527, n° 115, A. Couret ; Versailles, 8 juin 2000, *RTD com.* 2000, p. 934, Cl. Champaud et D. Danet, p. 956, J.-P. Chazal et Y. Reinhard. Sur l'obligation de rembourser un compte débiteur, Paris, 19 janv. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 582, n° 189.

2. D. 23 juill. 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 188, H. Le Nabasque ; *Bull. Joly* 1992, p. 908, n° 281.

3. J. Calvo, *Les comptes courants d'associés : aspects juridiques et fiscaux*, *Petites Affiches*, 19 janv. 1998, n° 8, p. 4 ; *Le traitement fiscal des intérêts des comptes courants d'associés*, *BF Lefebvre* 5/02, dossier PME, p. 347.

4. Les comptes courants d'associés créditeurs, même bloqués, considérés comme un simple placement financier, sont à prendre en compte dans le patrimoine personnel des contribuables soumis à l'ISF (*infra* n° 420) ; ils ne bénéficient pas de l'exonération en faveur des biens professionnels prévue à l'art. 885 E CGI : Com. 18 oct. 1990, *Barthélémy*, *RJF* 2/91, n° 227 ; DB 7 S 3323, 1^{er} févr. 1991 ; *contra*, Com. 5 mai 2008, *Autret*, *Dr. fisc.* 2008, n° 38, comm.. 498, note Fl. Deboissy (bénéfice de l'exonération si les comptes courants sont indétachables de fonds de commerce loués à des sociétés d'exploitation dont les titres présentaient eux-mêmes le caractère de biens professionnels).

Art. 39.1-3° et 212 CGI	Société relevant de l'IS	Société relevant de l'IR
Chez la société	• Intérêts déductibles : - Libération du capital - Taux de rémunération ^(a) - Entreprises liées et sous-capitalisation ^(b) • Intérêts non déductibles : Intérêts dépassant les limites susvisées	• Intérêts déductibles : - Libération du capital - Taux de rémunération • Intérêts non déductibles : Intérêts dépassant les limites susvisées
Chez l'associé	• Imposition des intérêts déductibles - Associés entreprises Intérêts imposés selon le régime de l'entreprise ^(c) - Associés particuliers Revenus de capitaux mobiliers Possibilité prélèvement 30,1 % ^(d) - Ou selon barème IRPP • Imposition des intérêts non déductibles Distributions irrégulières de bénéfices ^(e)	<i>Idem</i> • Imposition des intérêts non déductibles Supplément de BIC

(a) Le taux maximum des intérêts déductibles est égal à la moyenne des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour les prêts à taux variable aux entreprises d'une durée initiale supérieure à deux ans (pour 2008, la limite s'élève à 6,21 %).

L'art. 39.1-3° CGI s'applique aux intérêts rémunérant le compte courant de l'associé unique d'une EURL, CAA Paris 21 mai 2007, *Lequen*, RJF 1/08, n° 13 ; Dr. fisc. 2008, n° 4, comm. 29. En revanche, il ne s'applique pas (l'art. 212-1 CGI non plus) aux intérêts d'un emprunt contracté par un PDG, mais mis à la disposition de la société qui a pris en charge les intérêts, CE 28 mars 2008, *Lescure*, RJF 6/08, n° 642 ; Dr. fisc. 2008, n° 19-20, comm. 314.

(b) La déductibilité des intérêts servis par des sociétés passibles de l'IS à des entreprises liées (au sens de l'art. 39.12 CGI), directement ou indirectement, est limitée à ce taux ou au taux du marché s'il est supérieur. Cette limitation s'applique également aux sociétés de personnes détenues par des sociétés soumises à l'IS.

Une autre limitation s'ajoute pour ces mêmes sociétés en cas de sous-capitalisation (art. 212 CGI). Les taux respectant celui mentionné ci-dessus doivent néanmoins être réintégrés lorsque les trois critères suivants sont cumulativement remplis : limite fondée sur l'endettement global, limite de « couverture d'intérêts » et limite égale au montant reçu de sociétés liées. Sur le régime applicable en cas de sous-capitalisation, Instr. 31 déc. 2007, BOI 4 H-8-07.

(c) Les intérêts excédentaires perçus par une société « mère » sont exonérés (art. 216-I CGI, *infra*, n° 666-1).

(d) Ce taux global de 30,1 % se décompose ainsi (art. 125 A-I CGI ; Instr. 18 févr. 2008, BOI 5 I-3-08) : 18 % au titre du prélèvement libératoire proprement dit et 12,1 % au titre des divers prélèvements sociaux (prélèvement social : 2 % ; CSG : 8,2 % ; CRDS : 0,5 % ; C3S 0,3 % ; et la nouvelle contribution RSA 1,1 %). Par ailleurs, en ce qui concerne les associés dirigeants ou majoritaires (art. 125 B-I-1 CGI), l'option pour le prélèvement libératoire n'est admise que dans la limite de 46 000 € pour le total de leurs avances (cette limite ne joue cependant ni dans les relations société « mères » et « filles », *infra* n° 666-1, ni lorsqu'il s'agit de comptes bloqués).

(e) Perte de la possibilité d'opter pour le prélèvement libératoire et absence de bénéfice du régime de faveur applicable aux distributions régulières de bénéfices.

30 Les apports en nature ◇ Tout apport d'un bien autre qu'en argent ou en industrie est un apport en nature. Le bien apporté peut être un meuble ou un

immeuble ; il peut être corporel ou incorporel ¹. La grande difficulté concernant les apports en nature est leur *évaluation*, les apporteurs ayant une tendance « naturelle » à surévaluer leurs apports, ce qui lèse les tiers, puisque le capital social, qui était autrefois considéré comme le gage des créanciers sociaux, ne correspond pas à la réalité ; ce qui lèse également les apporteurs en numéraire qui, eux, sont titulaires du nombre exact de parts ou d'actions qui leur revient en fonction de leurs apports, avec comme corollaire le nombre de voix en assemblée et les dividendes qui y sont attachés ². Le législateur, pour éviter les abus, a donc mis en place des mesures de contrôle, variables suivant les types de sociétés (cf. pour la SARL, *infra*, n° 180, pour la société anonyme, *infra*, n° 261).

L'apport en nature peut être fait en propriété, en jouissance ou en usufruit.

31 L'apport en nature, apport en propriété ◇ L'apport en propriété se réalise par le transfert à la société de la propriété du bien apporté et par sa mise à la disposition effective de la société (art. 1843-3 al. 2 C. civ.) ³.

Cette forme d'apport se rapproche de la vente : l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur, qu'il s'agisse de la garantie d'éviction ou de la garantie des vices cachés (art. 1843-3 al. 3 C. civ.). Mais l'apporteur n'étant cependant pas un vendeur, il ne bénéficie pas du privilège du vendeur et ne peut pas invoquer une rescision pour lésion de plus des sept-douzièmes en cas d'apport d'un immeuble. En outre, alors que le vendeur, en contrepartie de la propriété qu'il cède, reçoit une somme d'argent (art. 1582 C. civ.), l'apporteur reçoit des parts sociales ou des actions dont la valeur va varier en fonction des résultats de l'exploitation sociale.

Il y a là une source d'inquiétude pour les *créanciers* de l'apporteur, qui peuvent voir leur gage sérieusement diminuer et même disparaître. Si l'apport a été fait pour soustraire le bien aux poursuites des créanciers, ceux-ci disposent de l'*action paulienne* (art. 1167 C. civ.) ⁴ ; cependant, ils doivent

1. Cf. Y. Reinhard, *L'apport en société de droits de propriété industrielle*, in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Litec 1990, p. 297 ; N. Dreyfus et C. Moreira, *Le dirigeant de société face à la marque*, D. 2003, p. 1018. Sur la nullité d'un apport de clientèle pour objet illicite, Com. 4 nov. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 267, n° 2, B. Le Bars.

2. Com. 28 juin 2005, *Dr. sociétés* 2005, n° 209, H. Lécuyer ; RJDA 2005, p. 924, rapport B. Petit, admettant le préjudice individuel de l'actionnaire, qui n'est pas le corollaire de celui subi par la société.

3. Sur le *régime fiscal* de l'apporteur en nature, H. Hovasse, M. Deslandes et R. Gentilhomme, *La situation de l'apporteur en nature avant l'immatriculation de la société*, *Dr. sociétés*, Actes pratiques juill./août 2004, p. 5, spéc. p. 8 s. Sur les conséquences de l'apport d'un bien indivis sans l'accord de tous les coindivisaires, Civ. 1^{re} 5 avr. 2005, RJDA 2006, p. 422, n° 475.

4. B. Lecourt, *De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 615. Cf. par ex. Com. 3 déc. 2002, BRDA 3-2003, p. 3 (appauvrissement du débiteur par apport d'immeubles à une SCI). Sur l'appréciation par le *juge fiscal* de l'action paulienne, CE 13 janv. 2009, *Sté Philippa*, RJF 5/09, n° 512.

prouver la fraude non seulement de l'apporteur ¹, mais encore de ses coassociés qui doivent avoir eu au moins connaissance de son insolvabilité ². En cas de succès le bien est réintégré dans le patrimoine de leur débiteur et la société peut même être annulée.

Les créanciers pourraient également demander la réintégration de l'apport dans le patrimoine de leur débiteur par la voie de l'*action oblique* (art. 1166 C. civ.). Tel est le cas lorsque l'apporteur s'abstient d'agir alors qu'il pourrait demander la nullité de la société ou de son apport. Enfin, si l'apporteur était en *cessation des paiements* au moment où il a réalisé son apport, la nullité pourrait être obtenue dès lors qu'il serait prouvé que la société avait connaissance de son état de cessation des paiements (art. L. 632-1 et L. 632-2).

Le *transfert de propriété* des biens apportés n'intervient qu'au jour où la société est immatriculée au registre du commerce et des sociétés, puisque c'est à cette date seulement qu'elle acquiert la personnalité morale et peut disposer d'un patrimoine propre ³. Si le transfert de propriété du bien est soumis à publicité (marque de fabrique, brevet d'invention, immeuble, fonds de commerce...), il n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement des formalités. Toutefois, cette publicité peut être effectuée dès la signature des statuts et avant immatriculation de la société, sous condition que celle-ci intervienne. À compter de l'immatriculation, les effets de la formalité rétroagissent à la date de son accomplissement (art. 1843-1 C. civ.). Le transfert des risques suit le transfert de propriété. À la dissolution de la société, si le bien apporté se retrouve en nature, l'apporteur a vocation à se le faire attribuer (art. 1844-9 al. 3 C. civ.). Mais si le bien a disparu, l'apporteur n'en recevra que la valeur.

L'opération très fréquente d'*apport de fonds de commerce* donne lieu aux mêmes formalités de publicité que la vente de fonds de commerce, ce qui est une garantie importante pour les créanciers de l'apporteur (art. L. 141-13 s. et L. 141-21 s.) ⁴.

32 L'apport en nature, apport en jouissance ⁵ ◇ Avec cette forme d'apport, l'apporteur met un bien à la disposition de la société qui en a le

1. Civ. 1^{re}, 14 févr. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 133, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1995, p. 421, Cl. Champaud et D. Danet ; Civ. 3^e, 20 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 305, n° 81, H. Le Nabasque.

2. Par ex. Com. 19 avr. 1972, *Rev. sociétés* 1973, 81, J. Hémard ; Civ. 1^{re}, 21 juill. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 632, n° 262, G. Lesguillier ; *JCP E* 1987, II, 16959, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; rapp. Com. 2 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 131, p. 88 ; Com. 23 nov. 1993, *Dr. sociétés* 1994, n° 66, Th. Bonneau.

3. Cf. M.J. Cambassédès, *La nature et le régime juridique de l'opération d'apport*, *Rev. sociétés* 1976, 431, spéc. n°s 27 s. ; J. P. Mattout, *La notion d'« apport en nature » : peut-on rémunérer des apports sans augmentation de capital ?* in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz 2007, p. 219.

4. Cf. M. Pédamon, n°s 280 s. ; sur le sort des contrats conclus antérieurement, Civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 205, Th. Bonneau.

5. L. Godon, *L'apport en jouissance d'actions*, *Rev. sociétés* 1999, p. 795 ; C. Régnaut-Moutier, *La notion d'apport en jouissance*, LGDJ 1994, préf. J. Prieur ; N. Peterka, *Réflexions sur la nature*

libre usage, mais il en reste propriétaire : il n'y a pas transfert de propriété à la société ¹. L'apporteur est donc garant envers la société comme un bailleur envers son preneur (art. 1843-3 al. 4 C. civ.)

Pour l'apporteur, l'intérêt de l'apport en jouissance se présente à la dissolution de la société, puisque le bien n'étant pas compris dans le patrimoine social échappe à l'action des créanciers de la société : il en reprend la jouissance. Cependant, malgré cet avantage, cette forme d'apport est peu pratiquée.

Si l'apport porte sur un corps certain, l'apport en jouissance est successif et l'apporteur à la charge des risques et donc de l'assurance.

En revanche, si l'apport porte sur des choses fongibles ou des biens appelés à être renouvelés pendant la durée de la société (par ex. des marchandises), celle-ci devient propriétaire des biens apportés, à charge pour elle d'en rendre l'équivalent. Les risques sont alors transférés à la société (art. 1843-3 al. 4 C. civ.).

33 L'apport en nature, apport en usufruit ◇ Comme avec l'apport en propriété, la société acquiert avec l'apport en usufruit un droit réel, mais elle n'acquiert pas le droit de disposer du bien. L'apport en usufruit est soumis aux mêmes règles que l'apport en propriété, en ce qui concerne la transmission du droit, la garantie et les risques.

L'usufruit volontaire qui est concédé à une personne morale ne peut pas durer plus de trente ans (art. 619 C. civ.) alors que l'usufruit du conjoint survivant s'éteint à la mort de l'usufruitier (art. 617 C. civ.).

34 L'apport en industrie ² ◇ Par l'apport en industrie l'associé s'engage à mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques, ses

juridique de l'apport en jouissance, Bull. Joly 2000, p. 361, n° 75 ; H. de Feydeau et F. Martin-Laprade, *Apport en usufruit et apport en jouissance d'actions ; quelles différences aux plans juridique et fiscal ?* JCP E 2002, p. 1951.

1. Sur la distinction entre l'apport en jouissance d'un droit de présentation de clientèle civile à une société et un commodat, cf. Com. 12 nov. 1986, Bull. Joly 4687, p. 1142, n° 346, et P. Le Cannu, *Le prêt d'une clientèle civile à une société*, Bull. Joly 1987, p. 161. Sur les effets de l'apport en jouissance d'un fonds de commerce, Com. 3 déc. 1991, JCP E 1992, II, 330, Th. Bonneau ; JCP E 1992, I, 145, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1992, p. 52 ; *RTD com.* 1992, p. 382, n° 3, Cl. Champaud et D. Danet. Sur l'interdiction de l'apport en jouissance d'une action en justice, Com. 31 mai 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 114, B. Dondero ; Bull. Joly 2006, p. 77, P. Scholer ; D. 2005, p. 1699, A. Lienhard.

2. R. Baillod, *L'apport en industrie*, Thèse, Toulouse, 1980 ; PE Normand, *Réflexions sur la place des apports en industrie dans les sociétés de capitaux d'exercice libéral*, JCP N 1990, I, p. 282. Sur le régime fiscal d'un apport en usufruit, J.-P. Chiffaut-Moliard, *Le statut fiscal et social de l'apporteur en industrie*, *Dr. sociétés*, Actes pratiques sept./oct. 2004, p. 44.

services, son travail ¹. Cet apport est nécessairement successif (*infra*, n° 44) ².

L'apporteur en industrie doit rendre à la société les services promis et lui verser tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport (art. 1843-3 al. 6 C. civ.). Il ne peut pas exercer une activité concurrente de celle qu'il a promise à la société, mais l'exclusivité n'est pas exigée.

Les apports en industrie ne pouvant servir de gage aux créanciers sociaux (la force de travail est insaisissable) ne peuvent pas concourir à la formation du capital social (art. 1843-2 al. 1 C. civ.). Il ne devrait donc pas y avoir d'apport en industrie dans les sociétés où la responsabilité est limitée. Tel est le cas pour les sociétés anonymes. La solution devrait être identique pour les SARL, mais depuis la loi NRE du 15 mai 2001 les statuts peuvent désormais déterminer les modalités selon lesquelles des parts en industrie peuvent être souscrites (art. L. 223-7 al. 2) ³. Et la loi sur la modernisation de l'économie a également autorisé cette extension dans les SAS (art. L. 227-1, al. 4 nouv.) ⁴.

Mais ce type d'apport ne pose pas de difficultés dans les sociétés en nom collectif, dans les sociétés en commandite de la part des commandités et dans les sociétés civiles professionnelles car, dans ces sociétés, les associés répondent sur leur patrimoine personnel des dettes sociales. Les apports donnent alors lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net à charge de contribuer aux pertes (art. 1843-2 al. 2 C. civ.). L'apporteur en industrie est un associé à part entière ⁵.

La part de l'apporteur en industrie dans les bénéfices et sa contribution aux pertes sont en principe égales à celle de l'associé qui a le moins apporté (art. 1844-1 al. 1 C. civ.) ; mais la clause contraire est fréquente.

1. Il pourrait également s'agir de l'apport d'un *know-how* ou d'un crédit commercial ; C. Ma-lecki, *L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ?* Bull. Joly 2004, p. 1169, n° 243. Sur un apport « en influence », Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, Bull. Joly 1997, p. 992, n° 357, J.-J. Daigre ; Dr. sociétés 1997, n° 170, Th. Bonneau ; Rev. sociétés 1998, p. 71, R. Baillod. L'apport en industrie ne pourrait pas être tacite, Com. 14 déc. 2004, Dr. sociétés 2005, n° 65, F. X. Lucas.

2. Com. 13 janv. 2009, Bull. Joly 2009, p. 452, n° 87, V. Allegaert.

3. Cf. J. Monnet, Dr. sociétés 2002, n° 66. V. la brèche qui avait été déjà ouverte par la loi du 10 juill. 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale, qui avait permis dans les SARL l'attribution de parts sociales en contrepartie d'un apport en industrie lié à un apport en nature d'un fonds de commerce ou d'une entreprise artisanale (art. L. 223-7 al. 2, *infra*, n° 181 ; *id.* en faveur des SELARL, R.M. JO débats Sénat, 24 févr. 1994, p. 448). Cf. déjà. en faveur d'une modification plus ample, S. Dana-Démaret, *Le capital social*, op. cit., n° 67 s.

4. S. Schiller et P. L. Périn, *Les apports en industrie dans les SAS*, Rev. sociétés 2009, p. 59.

5. Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, Bull. Joly 2004, p. 1001, n° 202, R. Baillod ; Rev. sociétés 2004, p. 855, D. Porrachia ; Dr. sociétés 2004, n° 141, F. X. Lucas ; RTD com. 2004, p. 512, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 550, M. H. Monsérié-Bon (SCP d'huissiers).

Actuellement, les apports en industrie ne se rencontrent guère que dans les sociétés anonymes à participation ouvrière (L. 8 juillet 1977) et dans les sociétés civiles professionnelles (L. 29 novembre 1966) ¹.

34-1 Droits d'enregistrement dus sur les apports en société ² ◇ Le régime fiscal des apports en société est complexe. Il convient en effet d'opérer une double distinction :

– D'une part, entre les sociétés qui ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés et les autres : les apports faits au profit des premières n'opèrent pas, sauf apports effectués à titre onéreux, transfert de propriété, aussi aucun droit d'enregistrement n'est-il dû. L'exigibilité d'un éventuel droit de mutation est reportée à la dissolution de la société, dans l'hypothèse où un bien en nature apporté reviendrait à un autre que l'apporteur initial. Il s'agit de la théorie de la mutation conditionnelle ³.

– D'autre part, entre les apports effectués à titre pur et simple (rémunérés exclusivement par la remise de droits sociaux) et les apports effectués à titre onéreux (rémunérés autrement, le plus souvent par la prise en charge par la société bénéficiaire d'un passif personnel à l'apporteur), ces derniers étant assimilés à une vente. Les apports réalisés pour partie à titre pur et simple et pour partie à titre onéreux, sont dits apports mixtes.

Leur régime, au regard des droits d'enregistrement, est résumé dans le tableau figurant page suivante ⁴.

Malgré la diversité des régimes synthétisés ci-dessus, il est possible de dégager l'idée directrice suivante : les apports effectués lors de la constitution d'une société quelconque peuvent être exonérés de tout droit d'enregistrement (à la condition parfois pour l'apporteur de s'engager notamment à conserver les titres reçus en contrepartie pendant un délai de trois ans).

1. H. Hovasse, *Les parts d'industrie dans les sociétés civiles professionnelles*, in *Mélanges Jacques Foyer, Economica* 2007. V. par ex. pour une SCP d'huissiers, Civ. 1^{re}, 16 juill. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 778, J.-F. Barbieri ; *Bull. Joly* 1998, p. 1078 et p. 1131, n° 349, J.-J. Daigre, SCP : l'associé en industrie est un associé en capital en puissance.

2. À signaler la réduction d'IRPP accordée aux contribuables qui effectuent entre le 1^{er} janv. 2007 et le 31 déc. 2010 des versements en numéraire au titre de la souscription au capital de sociétés non cotées (art. 199 terdecies-O A CGI ; Instr. 5 mars 2008, BOI 5 B-12-08).

3. Sur le régime fiscal des dissolutions de sociétés, *infra* n° 127.

4. Instr. 17 janv. 2000, BOI 7 H-1-00. N'est traitée dans ce tableau que la fiscalité des apports en pleine propriété ; sur le régime fiscal des apports en usufruit, *supra* n° 32 ; sur le régime fiscal des apports en jouissance, *supra* n° 32 ; sur le régime fiscal des apports en industrie, *supra* n° 34.

Droits d'enregistrement dus sur les apports en société

Art. 809-I-1°, 810-I, 809-I-3°, 810 bis, 810-III, 810-IV, 683 bis, 809-I bis, CGI ^(a)	Apporteur IR Société IR	Apporteur IS Société IR ou IS	Apporteur IR Société IS	Mise en société d'une entreprise individuelle ^(k)
Apport à titre pur et simple	• Numéraire exonéré ^(b) • Immeuble et fonds de commerce : exonéré • Apport TVA : exonéré • Autres : exonéré	<i>Idem</i> ^(c)	• Numéraire : exonéré • Immeuble et fonds de commerce : 5 % ou exonéré ^(d) • Apport TVA : exonéré • Autre : exonéré	5 % ou exonéré ^(e)
Apport à titre onéreux	• Immeuble et fonds de commerce : 5 % ^(f) • Autre : droit de mutation ^(g)	<i>Idem</i> ^(h)	<i>Idem</i> ⁽ⁱ⁾	= Prise en charge du passif de l'entrepreneur 5 % ou exonéré ⁽ⁱ⁾

(a) V. égal. Instr. du 13 mars 2000, BOI 7 H-3-00.

(b) Cette exonération ne vaut que pour les apports effectués lors d'une constitution de société (art. 810 bis CGI ; Instr. 17 janv. 2000, BOI 7 H-1-00). En cas d'augmentation de capital, un droit fixe sera perçu pour tous ces apports, dont le montant est égal à 375 € ou 500 € selon que le capital social est au moins égal ou supérieur à 225 000 €.

(c) Solutions identiques à celles applicables à l'apporteur IR.

(d) Sous condition de conservation des titres pendant 3 ans (art. 810-III CGI ; Instr. 21 mai 2002, BOI 7 H-3-02) et, en ce qui concerne l'immeuble, sous les conditions supplémentaires d'être apporté en même temps que l'activité professionnelle et d'être affecté à son exercice. En cas de non-respect de cet engagement, l'impôt qui aurait normalement été dû est immédiatement exigible (art. 810-III, al. 4, CGI). Com. 25 mars 2003, *Sté domaine Brusset*, R/JF 7/03, n° 869 ; Dr. fisc 2004, n° 40, comm. 696.

Le risque d'abus de droit devient important en la matière : ex. Com. 31 oct. 2006, *Sté Audit Sud-Est*, R/JF 2/07, n° 240 (apport-cession d'un immeuble) ; 20 mars 2007, *Sté Distribution Casino France*, R/JF 8-9/07, n° 993 (apport-cession d'un fonds de commerce). *Contra* ex. Com. 26 mars 2008, *Cere*, R/JF 7/08, n° 904 ; Dr. fisc. 2008, n° 16, comm. 283 ; 4 nov. 2008, *Beneteau*, R/JF 3/09, n° 297 (apport-donation de droits sociaux et d'immeubles).

(e) Sous condition (art. 810-III CGI) cf. ci-dessus.

(f) Pour la fraction supérieure à 200 000 € en ce qui concerne le fonds de commerce (art. 719 CGI, *supra* n° 4). Com. 3 mars 2004, *Sté Kervilly*, R/JF 7/04, n° 797.

(g) Par exemple, en ce qui concerne des parts sociales : droit de 3 % sur la fraction supérieure à 23 000 € (art. 726 CGI ; *supra* n° 4).

(h) Solutions identiques à celles applicables à l'apporteur IR.

(i) Solutions identiques à celles applicables à l'apporteur IR lorsque la société n'est pas soumise à l'IS.

(j) Sous les mêmes conditions que pour l'apport à titre pur et simple de l'entreprise individuelle (art. 809-I bis CGI).

(k) Ce report peut être maintenu en cas de toute transmission ultérieure à titre gratuit à une personne physique sous conditions (Instr. 15 avr. 2003, BOI 4 B-1-03).

En revanche, le régime de faveur n'est plus applicable en cas de versement d'un prix traduisant une vente : Com. 3 mars 2004, *SA Bernard et Poitou-Karpathios*, R/JF 6/04, n° 659 ; Dr. fisc. 2004, n° 27, comm. 604 ; et 12 févr. 2008, *SAS Direct VAP*, R/JF 5/08, n° 610 ; Dr. fisc. 2008, n° 16, comm. 279.

SECTION 3. LA PARTICIPATION AUX RÉSULTATS

Pour bien comprendre la complexité de la situation actuelle, où il est devenu parfois difficile de savoir si un groupement doit être qualifié de société, d'association ou de groupement d'intérêt économique (GIE), il est indispensable de décrire l'évolution qui s'est produite dans la définition de la finalité de la société (art. 1832 al. 1 C. civ.), la loi du 4 janvier 1978 ayant apporté un bouleversement considérable (§ 1). La notion de participation aux pertes (§ 2) n'a heureusement pas engendré les mêmes difficultés.

La participation des associés aux bénéfices ou aux économies réalisées et leur contribution aux pertes impliquent l'interdiction des clauses léonines (§ 3).

§ 1. La participation aux bénéfices ou aux économies

35 Avant la loi du 4 janvier 1978 ◇ L'article 1832 du Code civil dans sa rédaction initiale disposait que « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de *partager le bénéfice* qui pourra en résulter ». L'opposition était nette avec l'association, puisque selon la loi du 1^{er} juillet 1901 « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leur connaissance ou leur activité *dans un but autre que de partager des bénéfices* » (art. 1^{er}, toujours en vigueur dans sa rédaction d'origine). Le critère était donc la recherche des bénéfices. Restait à préciser ce qu'il fallait entendre par bénéfices. Faute de précision dans les textes, ce fut l'œuvre de la Cour de cassation, toutes chambres réunies, dans son célèbre arrêt *Caisse rurale de la commune de Manigod* ¹. Par sa décision, rendue à propos d'une querelle avec l'administration de l'enregistrement sur le montant d'un droit, la Cour de cassation décida que la Caisse était une association et non une société. En effet, en procurant à ses adhérents des prêts à des taux réduits, cet organisme ne leur permettait que d'éviter un appauvrissement ou de réaliser une économie ; or, pour la Cour suprême, le bénéfice doit s'entendre « d'un *gain pécuniaire* ou d'un *gain matériel* qui ajouterait à la fortune des associés ».

Cette définition de la notion de bénéfice avait le mérite de la netteté, mais elle était trop restrictive et fut combattue par les praticiens et même par le législateur, d'abord par des textes concernant des groupements de type particulier ², puis par la loi du 4 janvier 1978 qui a bouleversé l'article 1832 du Code civil.

1. 14 mars 1914, DP 1914, I, 257, L. Sarrut ; R. Houin et B. Bouloc, n° 44.

2. Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, F. Terré, *La distinction de la société et de l'association en droit français*, in *Mélanges Secrétan* 1964, p. 325.

C'est ainsi que la loi du 10 septembre 1947 qualifie les *coopératives* de sociétés, alors qu'elles n'ont pas pour but la réalisation de bénéfices, mais la recherche d'économie (art. 1^{er}).

36 La nouvelle finalité de la société : recherche de bénéfices ou d'économies ◇ La loi du 4 janvier 1978, dans son remodelage de la partie du Code civil consacrée aux sociétés, a réformé l'article 1832 qui dispose désormais que la finalité de la société peut consister aussi bien à « *partager le bénéfice* » qu'à « *profiter de l'économie* » qui pourra résulter de la mise en commun des apports affectés à l'entreprise commune (al. 1).

Ce nouveau critère élargit considérablement le domaine des sociétés, ce qui ne manque pas de provoquer de délicats problèmes de redécoupage de frontières avec les secteurs voisins constitués par les associations et les groupements d'intérêt économique (*infra*, n^{os} 37 à 39).

La définition du **bénéfice**, telle qu'elle a été donnée par l'arrêt *Caisse rurale de la commune de Manigod*, reprend toute sa valeur : il s'agit d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajoute à la fortune des associés.

Le **gain pécuniaire** correspond à la conception la plus courante : il s'agit d'un enrichissement en argent, caractérisé par les dividendes distribués par la société anonyme ou la société civile professionnelle de médecins.

Le bénéfice peut, plus rarement, consister en un **gain matériel** : qu'il s'agisse de la distribution de produits fabriqués ou non par la société, d'une distribution d'actions, ou de la jouissance d'un bien commun ¹.

Ces gains doivent ajouter à la fortune des associés, ce qui est caractéristique de la société, puisque les membres d'une association ne peuvent jamais se partager ses bénéfices (art. 1^{er} L. 1^{er} juillet 1901 ; art. 15 D. 16 août 1901, *infra*, n^o 37).

Les associés sont conviés chaque année à statuer sur la part des bénéfices de l'exercice écoulé à mettre en distribution. Le choix est d'ailleurs souvent délicat entre la mise en réserves et la distribution immédiate (v. *infra*, n^o 549).

Quant à l'**économie** recherchée, qui peut également désormais caractériser la société, elle consiste habituellement en une économie **en numéraire** : des marchandises ou du matériel sont achetés à moindre coût ; des services communs peuvent être mis en place à moindre frais. L'économie pourrait éventuellement consister en l'**atténuation d'une perte** (société de secours mutuel). La société empiète alors sur le domaine réservé jusqu'à présent aux groupements d'intérêt économique, et même aux associations. Les anciennes frontières doivent être remodelées.

1. Cf. L. 6 janv. 1986 relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé, permettant à leurs associés de disposer d'un appartement à la montagne ou à la mer pendant une ou plusieurs semaines chaque année.

37 Sociétés et associations, évolution ¹ ◇ Les intérêts de la distinction entre société et association sont bien connus :

– Les sociétés sont soumises à des conditions de constitution assez strictes (apports obligatoires, publicité, immatriculation au registre du commerce et des sociétés ; *infra*, n° 56) alors que pour les associations, les apports sont facultatifs ² et qu'aucune formalité n'est imposée à celles qui ne sont pas déclarées.

La plupart font l'objet d'une simple déclaration avec dépôt des statuts à la préfecture ; rares sont celles qui sont reconnues d'utilité publique à la suite d'un décret en Conseil d'État ³.

– Les sociétés ont une capacité complète dans la limite de leur objet, tandis que les associations ont une capacité réduite. Seules celles qui sont reconnues d'utilité publique peuvent recevoir des libéralités. Leurs ressources ne peuvent provenir en principe que des cotisations de leurs membres et des subventions des collectivités territoriales.

– La responsabilité des associés dépend du type de société à laquelle ils appartiennent. Elle peut être indéfinie et solidaire dans la société en nom collectif. Dans une association, la responsabilité individuelle des adhérents ne peut pas être recherchée pour les engagements de la personne morale ⁴.

– Lors de la dissolution du groupement, les associés se partagent les bénéfices de la société et le boni de liquidation. Si une association est dissoute, ses adhérents ne peuvent que reprendre leurs éventuels apports, car l'actif restant doit être dévolu à une autre association poursuivant le même but que l'association dissoute ou à l'État ⁵.

– Le régime fiscal des associations n'est évidemment pas le même que celui des sociétés (*infra*, n° 37-1) ⁶.

1. *Lamy associations*, 2 vol. sous la direction de G. Soussi et Y. Mayaud ; R. Brichet, *La loi de 1901 : succès et dévoiement d'une alerte centenaire*, *Dr. sociétés* juin 2001, Chron. n° 12 ; K. Rodriguez, *La pertinence en 2006 du droit des associations : pour un statu quo, un toilettage ou une refonte ?* *Bull. Joly* 2006, p. 448, n° 91.

2. L'article 1^{er} de la loi de 1901 ne fait référence à la mise en commun que de connaissances ou d'activités. Seul le décret d'application de la loi (D. 16 août 1901) fait allusion à des apports à propos de leur reprise.

3. R.M. JO déb. AN 13 juill. 1992, p. 3193 ; *Bull. Joly* 1992, p. 934, n° 299 (pouvoir discrétionnaire de l'autorité ministérielle).

4. La responsabilité du dirigeant d'association ne peut être engagée, comme en matière de société, que pour faute détachable, Civ. 2^e, 7 oct. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 100, n° 14, J. F. Barbiéri ; *Dr. sociétés* 2004, n° 184, F. X. Lucas ; Com. 27 juin 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 139, F. X. Lucas.

5. Civ. 1^{re}, 17 oct. 1978, *Rev. sociétés* 1979, 565, R. Plaisant ; *RTD com.* 1979, p. 767, n° 13, E. Alfandari et M. Jeantin ; Civ. 1^{re}, 4 nov. 1982, *Rev. sociétés* 1983, 826, G. Soussi ; Civ. 1^{re}, 29 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 178, n° 50.

6. Cf. G. Soussi, *op. cit.* ; *Lamy associations*, *op. cit.*, 4^e partie (2^e volume) ; *Mémento Fiscal*, spéc. n°s 7960 s. ; T. Guillois, *De l'utilité sociale, Critère de la non-lucrativité*, *Dr. fisc.* 1998, n° 7, p. 223 ; G. Goulard, *La clarification du régime fiscal des associations, Rapport au Premier ministre*, *Dr. fisc.* 1998, n° 13, p. 416 ; E. Drouin, *La sectorisation en matière d'IS, Une alternative envisageable pour les associations à but non lucratif*, *Dr. fisc.* 1998, n° 10, p. 319 ; E. Mignon, *Fiscalité et concurrence : un nouveau champ herméneutique pour le juge ?*, *RJF* 11/99 ; O. Masson, *Fiscalité des organismes sans but lucratif : que retenir de l'instruction du 15 sept. 1998 ?* *BF Lefebvre* 2/99, p. 93 ; P. Collin et

Les différences paraissent telles entre la société et l'association que l'on aurait pu penser, après la précision apportée par l'arrêt des Chambres réunies de 1914 (*supra*, n° 35), qu'aucune confusion n'était possible entre la première à but lucratif et la seconde sans but lucratif ¹. Or la pratique a montré que, faute de contrôle préalable à la constitution de ces groupements, une très grande confusion s'est instaurée, soit par erreur, soit volontairement. Afin de bénéficier d'une capacité juridique complète telle association se déguise en société ; ou, pour bénéficier d'un régime fiscal qu'elle espère plus favorable, telle société adopte la forme associative. Et l'on a vu des associations prendre une place très importante dans les secteurs comme ceux de la santé, du tourisme et des loisirs ², ou de l'éducation et de la formation, employant des centaines de salariés et réalisant un chiffre d'affaires dépassant celui d'importantes sociétés commerciales ³. Une véritable dérive de l'association s'est opérée ; elle est devenue de plus en plus souvent une entreprise ⁴.

Pour ajouter à la confusion, les membres d'une société sont des associés, tandis que les adhérents d'une association sont des sociétaires. Les « sociétés savantes » ne sont que des associations ; et il a fallu attendre la loi du 24 juillet 1966 pour que les associations en participation trouvent leur véritable qualification de société en participation (*infra*, n° 597)...

G. Goulard, *Fiscalité des associations, lucrativité, sectorisation, filialisation : où en est-on ?* Rev. fr. compt. 1999, n° 314, p. 26 ; M. Giordano, *Associations : quelle est la portée des commentaires de l'Administration ?* Rev. fr. compt. 1999, n° 314, p. 46 ; G. di Russo, *Associations : la jurisprudence sécurisante du juge administratif, Nouvelles fiscales* 1^{er} déc. 2002, n° 881, p. 22.

1. La Cour de Cassation admet l'application subsidiaire aux associations des dispositions du Code civil et, à défaut, de celles du Code de commerce sur les sociétés, Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, Rev. sociétés 2006, p. 855, D. Randoux ; D. 2006, p. 1456, A. Lienhard et p. 2037, K. Rodriguez ; Dr. sociétés 2006, n° 158, F. X. Lucas (pouvoirs du président en cas d'urgence). V. déjà Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, Bull. Joly 1995, p. 182, n° 48, M. Jeantin ; Rev. sociétés 1995, p. 318, Y. Guyon ; Dr. sociétés 1995, n° 48, Th. Bonneau ; BCNCC 1995, p. 342, Ph. Merle (tenue de l'assemblée d'une association). Cf. cependant, Paris 30 oct. 2001, Bull. Joly 2002, p. 256, n° 53, V. Grellière ; Rev. sociétés 2002, p. 87, Y. Guyon (information des sociétaires).

2. Cf. par ex. en matière sportive, V. Thomas, *L'évolution du statut des clubs sportifs professionnels : de l'association sportive au groupe sportif*, Bull. Joly 2002, p. 755, n° 171. Après de nombreuses hésitations des pouvoirs publics, la loi n° 2006-1770 du 30 déc. 2006 permet désormais aux sociétés anonymes sportives de faire appel public à l'épargne. Cf. sur cette loi, D. Poracchia, Rev. sociétés 2007, p. 41. La Commission européenne avait auparavant demandé à la France de modifier sa législation qui interdisait aux clubs de football et aux autres clubs sportifs d'entrer en bourse, estimant que cette interdiction constituait une entrave injustifiée à la libre circulation des capitaux (Communiqué 14 déc. 2005, D. 2006, p. 58). Jusqu'à présent un seul club de football a fait son entrée en bourse, l'Olympique lyonnais, qui a émis 3,9 millions d'actions pour un montant d'environ 4 millions d'euros (Rapport AMF 2007, p. 112).

3. Cf. Conseil économique et social, *La place et le rôle du secteur associatif dans le développement de la politique d'action éducative, sanitaire et sociale*, JO avis du CES 1986, n° 14.

4. Cf. par ex. E. Alfandari, *Les associations : la dérive d'une liberté*, Entretiens de Nanterre 1986, JCP E suppl. 5/1986, p. 35. V. idem, *L'économie sociale : à la recherche d'une définition*, Rev. écon. soc. 1984, 135 ; *Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative in Mélanges J. Derruppé*, 1991, p. 265 ; O. Simon, *La commercialité de l'association du 1^{er} juill. 1901*, D. 1977, chr. 153 ; Bibliographie thématique sur les associations ayant une activité commerciale, Rev. sociétés 1995, p. 788.

Le droit fiscal a été ainsi conduit à reconnaître l'existence d'« associations à but lucratif ¹ » qu'il a, avec son réalisme traditionnel, assimilées à des sociétés du point de vue des impôts directs (art. 206-1 CGI ; cf. *infra*, n° 37-1 ²). Le législateur n'a pas manqué lui-même de tenir compte de ce rapprochement, en englobant sous un même vocable les « personnes morales de droit privé ayant une activité économique ».

C'est ainsi que la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises a imposé aux associations dépassant certains seuils la nomination d'un commissaire aux comptes, l'établissement de documents de gestion prévisionnelle (art. L. 612-1) ³.

En cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société ou de l'association, les sanctions et responsabilités peuvent frapper tous les dirigeants de personnes morales de droit privé ayant une activité économique (art. L. 651-1 et L. 653-1).

Certaines associations peuvent même émettre des obligations depuis la loi du 11 juillet 1985 ⁴.

37-1 Régime fiscal des associations ◇ Ce régime ressortit d'une instruction en date du 15 septembre 1998, complétée depuis lors ⁵, qui a réaffirmé, tout en adaptant, le principe d'exonération des impôts commerciaux des associations sans but lucratif. Cette instruction, a eu notamment pour objet :

– de définir les nouveaux critères permettant d'apprécier le caractère non lucratif ou lucratif d'une association et, par suite, de déterminer sa situation au regard des impôts commerciaux ⁶ ;

1. Sur l'appréhension par le droit fiscal communautaire de la notion d'organisme sans but lucratif, CJCE 21 mars 2002, *Kenemer Golf*, *Dr. fisc.* 2002, n° 21, comm. 441 (est sans incidence sur l'appréciation de cette qualification le fait que l'organisme, ici une association sportive, cherche systématiquement à générer des excédents affectés par la suite à l'exécution de ses prestations).

2. *A contrario*, le juge fiscal se réserve la possibilité de regarder une société de capitaux comme un organisme sans but lucratif si sa gestion est désintéressée, CAA Lyon 26 juin 2007, *SARL HA Union d'Économie sociale*, *Dr. fisc.* 2007, n° 48, comm. 1001.

3. Sur le refus d'immatriculer au registre du commerce et des sociétés une association, bien qu'elle exerce une activité commerciale, Com. 1^{er} mars 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 529, n° 156, M. Jeantin ; *Dr. sociétés* 1994, n° 88, Th. Bonneau ; *D.* 1994, p. 528, M.F. Coutant ; *RTD com.* 1994, p. 474, n° 2, J. Derruppé ; *Rev. sociétés* 1994, p. 502, Y. Guyon ; Com. 15 nov. 1994, *Dr. sociétés* 1995, n° 24, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1995, p. 155, n° 7, E. Alfandari et M. Jeantin ; R.M. JO déb. AN 25 mai 1992, p. 2319 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 640 (exclusion du bénéfice du régime des baux commerciaux). J.F. Kamdem, *Réflexions sur le registre du commerce et les associations exerçant une activité économique*, *D.* 1996, Chron. 213 ; Th. Lamarche, *Immatriculation des associations au registre du commerce et des sociétés et bail commercial*, *JCP E* 1992, I, 142.

4. Cf. Y. Guyon, *La loi du 11 juill. 1985 autorisant l'émission de valeurs mobilières par certaines associations*, *ALD.* 1986, p. 33 ; Ph. Reigné, *Les valeurs mobilières émises par les associations*, *Rev. sociétés* 1989, p. 1 ; E. Alfandari et M. Jeantin, *RTD com.* 1985, p. 772, n° 18. V. *infra* n° 329.

5. BOI 4 H-5-98 ; Instr. 19 févr. 1999 BOI 4 H-1-99 ; Instr. 17 déc. 2001 BOI 4 H-6-01 ; Instr. 18 déc. 2006 BOI 4 H-5-06.

6. Ces critères, au nombre de trois, sont, d'une part une gestion désintéressée (CE 1^{er} oct. 1999, *Association jeune France*, *RJF* 11/99, n° 1354 ; 13 juill. 2007, *Association Entraide Universitaire*, *RJF* 11/07, n° 1233) ; d'autre part une absence de concurrence dans la même zone géographique d'attraction avec des entreprises commerciales exerçant une activité identique (CE 1^{er} mars

- de poser le principe d'assujettissement aux impôts commerciaux des associations exerçant leur activité au profit d'entreprises ;
- de confirmer certaines exonérations spécifiques ;
- de fixer des règles particulières en faveur des organismes qui exercent à la fois des activités lucratives et non lucratives, directement ou par l'intermédiaire d'une filiale.

Ces dispositions conduisent à l'imposition de tous les organismes sans but lucratif qui effectuent au moins une opération lucrative, y compris lorsque le gain retiré de cette activité est entièrement consacré à son activité non lucrative, et ce sur l'ensemble de leurs revenus (cotisations et dons inclus ¹).

Afin de tenir compte du recours de plus en plus fréquent à des financements extérieurs et du développement des activités accessoires, les associations sans but lucratif et qui exercent parallèlement une activité accessoire lucrative sont exonérées des impôts commerciaux (impôts sur les sociétés, taxe professionnelle et TVA) à condition que le montant de leurs recettes commerciales accessoires n'excède pas 60 000 €. Par ailleurs, s'agissant d'une activité lucrative qui n'est pas prépondérante, ces associations peuvent, en ce qui concerne l'impôt sur les sociétés, sectoriser celle-ci (seul ce secteur sera imposé) ².

38 *Société et association ; situation actuelle* ◇ Depuis la loi du 4 janvier 1978, les distinctions suivantes peuvent être faites :

- Lorsqu'un groupement se constitue pour procurer à ses membres un gain pécuniaire ou matériel qu'ils se partageront, il doit revêtir obligatoirement la forme d'une société.
- En revanche, lorsque le groupement est constitué à des fins désintéressées sans recherche d'un avantage matériel, il ne peut adopter que la forme de l'association de la loi de 1901. Tel sera le cas des associations philanthropiques, philosophiques, culturelles ou cultuelles. Peu importe qu'accessoirement les adhérents bénéficient d'un avantage matériel. La qualification résulte du but principal poursuivi.

2000, *Foire nationale des vins*, Dr. fisc. 2000, n° 40, comm. 732 ; CE 23 nov. 2001, *Assoc. des Lacs*, Dr. fisc. 2002, n° 16, comm. 347) ; enfin, si la gestion est désintéressée mais que l'activité a été reconnue comme concurrentielle, l'existence de conditions d'exercice différentes de celles du secteur commercial (système du faisceau d'indices, à savoir la règle des « 4 P » : produit ou besoins couverts, public visé, prix pratiqués et publicité : pour un exemple, CE 3 déc. 1999, *Assoc. L'Alliage Recours*, Dr. fisc. 2000, n° 43, comm. 813). En revanche, la Haute Juridiction a très nettement refusé d'ajouter aux textes un quatrième critère qui aurait été celui de l'objet par nature commercial de l'activité éventuellement exercée par une association : CE 8 mars 2002, *Assoc. Foire Exposition de Morlaix*, Dr. fisc. 2002, n° 24, comm. 496.

1. CE 17 déc. 2003, *Association Set Club* : RJF 3/04, n° 230.

2. V. Instr. du 30 oct. 2000. Sur la possibilité pour les organismes désintéressés de déduire, sous conditions, les rémunérations de leurs dirigeants : décret n° 2004-76 du 20 janv. 2004 ; Instr. 18 déc. 2006 ; art. 261 7-1-d CGI. Sur la sectorisation des activités lucratives non prépondérantes, Instr. 18 déc. 2006. Sur les incidences fiscales de la transformation d'une association en société (*infra* n° 104) : en principe, une telle opération entraîne la création d'une personne morale nouvelle. Art. 795 CGI : les dons perçus par les associations d'intérêt général (à l'exclusion notamment des « sectes ») sont exonérés des droits de donation.

– Si le groupement est constitué pour permettre à ses membres de réaliser des économies (conditions avantageuses pour des voyages ou des séjours), il peut, actuellement, se constituer sous forme d'association ou de société. Cette dualité n'est pas satisfaisante ¹ même si l'on peut penser que c'est la forme sociétaire qui sera adoptée le plus souvent (avantages de la pleine capacité juridique et de la participation au partage après dissolution). Dans le doute, c'est au juge qu'il appartient de procéder à la véritable qualification ². En tout cas, une redéfinition de l'association s'impose ³.

En 2008, on estimait le nombre d'associations à environ 1 100 000. Chaque année il s'en crée plus de 60 000. Le budget cumulatif du secteur associatif s'élevait à 47 milliards d'euros, 54 % de cette somme provenant des fonds publics. Le secteur associatif employait 1 600 000 personnes, soit 970 000 salariés en équivalent temps plein (*Les Échos* 27 octobre 2008).

39 Société et groupement d'intérêt économique ◇ L'opposition traditionnelle entre société et association a été perturbée par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 (art. L. 251-1 s.) qui a permis la création de groupements d'intérêt économique (GIE ; v. *infra*, n°s 618 s.), dont le but est, depuis la nouvelle définition donnée par la loi du 13 juin 1989, « de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même » (art. L. 251-1).

Cette structure intermédiaire entre la société, trop rigide, et l'association, ne disposant pas de la pleine capacité juridique, a été immédiatement très utilisée par les entreprises individuelles ou sociétaires désireuses de coopérer sans rechercher à titre principal la réalisation de bénéfices (bureau commun d'import-export, coordination d'activités de recherche...).

La rédaction nouvelle de l'article 1832 du Code civil, donnée par la loi du 4 janvier 1978, conduit aujourd'hui à un regroupement des domaines de la société et du GIE : tous deux sont aptes à la recherche d'économies.

Le choix n'est cependant pas totalement libre entre les deux structures puisque le GIE doit nécessairement « se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci » (art.

1. V. en particulier les critiques d'Yves Guyon, n°s 112 s., et ses suggestions, n° 117, à partir de l'art. 48 du Traité d'Amsterdam, qui fait bénéficier du droit d'établissement les personnes morales qui poursuivent un but lucratif, ce qui exclut les associations, mais englobe les GIE.

2. Com. 2 mars 1982, *Bull. civ.* IV, n° 85, p. 76 ; Com. 12 mars 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 148, F. X. Lucas (critère de l'absence d'apport). Certains textes ont permis la requalification et la transformation de sociétés en associations ; v. L. 8 juill. 1969, art. 4 ; L. 7 juin 1977, art. 43. *Addé* pour des difficultés d'application, Com. 15 nov. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 547, G. Soussi ; Com. 15 mars 1988, *RTD com.* 1988, p. 460, n° 3, E. Alfandari et M. Jeantin. Cf. sur l'impossibilité pour la personnalité morale d'une association de se continuer dans celle d'une société commerciale, Civ. 1^{re}, 22 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 343, n° 117 ; *JCP E* 1989, II, 15415, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Colloque sur le monde associatif, 92^e Congrès des notaires de France, Deauville 1996, *Petites Affiches*, 24 avr. 1996.

L. 251-1 al. 3) ce qui suppose que cette activité existe et qui limite l'étendue de son objet (*infra*, n° 622).

Lorsque le choix est ouvert, le GIE peut présenter l'inconvénient d'une responsabilité indéfinie et solidaire de ses membres ; mais il a beaucoup d'avantages : il bénéficie d'une très grande souplesse de fonctionnement par rapport aux sociétés. Sur le plan fiscal, il est assimilé à une société de personnes, il est donc possible de faire remonter les pertes éventuelles directement dans les résultats des entreprises participantes, ce qui n'était jusqu'à la loi de finances pour 1988 pas permis pour les pertes des sociétés de capitaux ¹.

Quoi qu'il en soit, ces chevauchements créés par la réforme de 1978 entre société et association (*supra*, n° 38), entre société et groupement d'intérêt économique, ne sont pas satisfaisants : l'association doit être redéfinie ; le GIE ne doit-il pas être considéré comme une forme particulière de société ² ?

§ 2. La participation aux pertes

40 Contribution et obligation aux pertes ◇ En contrepartie de leur participation aux bénéfices ou à l'économie réalisée, « les associés s'engagent à contribuer aux pertes » (art. 1832 al. 3 C. civ.).

La **contribution aux pertes** ne concerne que les rapports entre associés, et non le droit de poursuite des créanciers (obligation aux dettes). C'est à la liquidation de la société que se déterminera la contribution de chaque associé aux pertes éventuelles ³. L'associé qui aura payé plus que sa part prévue dans les statuts aura un recours contre ses coassociés. En principe, chacun contribue aux pertes proportionnellement à la part de capital qu'il détient dans la société ; mais une répartition inégalitaire est admise, dès lors qu'elle n'est pas léonine (art. 1844-1 C. civ. ; *infra*, n° 41) ⁴.

Les pertes ne doivent pas être confondues avec les dettes. Si, après que toutes les dettes ont été payées, l'actif ne représente plus que les deux tiers du capital, les pertes sont d'un tiers, alors que toutes les dettes envers les créanciers sociaux sont éteintes ⁵.

1. V. *infra*, n°s 618 s., 625 et 666 s. sur le régime fiscal des groupes.

2. Cf. Y. Guyon, n° 117 s.

3. Sur cette coutume, Versailles, 7 sept. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1175, n° 290, F.X. Lucas ; *RTD com.* 2000, p. 966, M.H. Monsérié-Bon ; 2001, p. 139, Cl. Champaud et D. Danet ; *Com.* 5 mai 2009, *BRDA* n° 10-2009, p. 3 (contribution aux pertes dans une société civile). Sur la prescription, *Com.* 22 févr. 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 820, D. Poracchia.

4. Le juge fiscal juge pour sa part que l'associé qui, sous couvert d'une augmentation de capital suivie d'une réduction du même montant, éteint une perte de la société au-delà de ce qui lui incombe, consent une *donation indirecte* au profit des autres associés (*Com.* 3 mars 2009, *Sauvage*, *Dr. fisc.* 2009, n° 25, comm. 378). Ces derniers doivent en conséquence acquitter des droits de mutation à titre gratuit, lesquels sont calculés en fonction de la part dans les pertes qu'ils auraient dû supporter en leur qualité d'associés.

5. P. Carcreff, *Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes*, *Gaz. Pal.* 1976, I, doct. 145 ; *Civ. 3^e*, 6 juill. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 39, B. Saintourens ; *Bull. Joly* 1994, p. 1105, n° 307, Y. Dereu ; *RTD com.* 1994, p. 723, Cl. Champaud et

L'obligation aux dettes ¹ concerne les rapports des associés avec les créanciers sociaux. Elle est fonction de la nature de la société et ne peut être modifiée statutairement.

C'est ainsi que les associés en nom collectif (art. L. 221-1 al. 1) ou les commandités des commandites simples ou par actions (art. L. 222-1 al. 1 ; L. 226-1 al. 1) sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales ; mais celui qui est poursuivi pour le tout a un recours contre ses coassociés ².

La participation aux pertes est un des indices qui doit permettre de distinguer l'associé du créancier. Les *prêts participatifs* créés par la loi du 13 juillet 1978 (art. L. 313-13 C. mon.) ³, posent toutefois problème en raison de leur nature ambiguë. L'organisme consentant le prêt peut être rémunéré par un intérêt majoré grâce au jeu d'une clause de participation au bénéfice net de l'emprunteur (art. L. 313-17 C. mon.) mais il est un créancier de dernier rang, n'étant remboursé qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires (art. L. 313-15 C. mon.) ⁴. Sa situation se rapproche ainsi de celle de l'associé.

§ 3. L'interdiction des clauses léonines ⁵

- 41 **L'inégalité permise** ◇ Dans le silence des statuts, la part des associés dans les bénéfices et les pertes est proportionnelle à leurs apports (art. 1844-1 al. 1^{er} C. civ.). Mais le pacte social peut prévoir un partage égal des bénéfices et des pertes malgré des apports inégaux ou un partage inégal malgré des apports égaux ⁶. Dans la société anonyme et la SAS, des actions de préférence

D. Danet ; Paris, 12 mai 2000, *RTD com.* 2001, p. 449, Cl. Champaud et D. Danet ; Versailles 10 mai 2001, *RJDA* 2001, p. 836, n° 974 (contribution aux pertes dans une société civile).

1. L. Jobert, *L'obligation des associés aux dettes à l'égard du créancier associé*, *JCP E* 2005, 445.

2. Y. Chartier, *L'évolution de l'engagement des associés*, *Rev. sociétés* 1980, 1.

3. C. Carmagnol, *Les prêts participatifs*, *JCP CI* 1980, II, 13350 ; C. Chéron, *Les prêts participatifs*, *Banque* 1983, 289 ; D. Crémieux-Israël, *L'assimilation des prêts participatifs à des fonds propres*, *Rev. sociétés* 1983, 751 ; A. Couret, *Le déclin des prêts participatifs*, *Bull. Joly* 1986, 659. Y. Bachelot, *Problèmes posés par la pratique des prêts participatifs*, *Dr. sociétés* mai 1995, p. 1. Les prêts participatifs n'étant consentis qu'aux entreprises industrielles et commerciales, les dirigeants sociaux de ces entreprises ne peuvent contracter de tels prêts, *Com.* 7 mars 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 703, J.-F. Barbieri ; *Bull. Joly* 1995, p. 519, n° 182, A. Couret ; *Dr. sociétés* 1995, n° 130, Th. Bonneau. *Comp. Com.* 27 oct. 1998, *D. aff.* 1999, p. 207, X. Delpech ; *Dr. sociétés* 1999, n° 50, Th. Bonneau (prêt garanti par la SOFARIS). Sur leur admission au passif après déclaration, cf. Paris, 8 juill. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, II, 549, J.-P. Marchi.

4. R.M. JO déb. AN 31 août 1987, p. 4922 ; *Bull. Joly* 1987, p. 725, n° 305 ; le remboursement d'un prêt participatif peut être garanti par un cautionnement, sous réserve que celui-ci soit consenti spécialement à cette fin, *Com.* 31 mai 1994, *Dr. sociétés* 1994, n° 150, Th. Bonneau ; *Com.* 24 oct. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 149, n° 46, A. Couret ; *Com.* 20 mai 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 808, n° 296, J.-F. Barbieri ; *Dr. sociétés* 1997, n° 140, Th. Bonneau.

5. E. Martel, *Les clauses de répartition inégale des résultats sociaux*, Thèse dactyl. Rennes, 2000 ; R. Secnazi, *Le contrat léonin*, Thèse dactyl. Paris, I, 2000 ; H. Le Nabasque et M. Barbier, *Les clauses léonines*, *Dr. Sociétés, Actes pratiques* n° 29/1996 ; bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1997, p. 264.

6. Civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1029, n° 330, P. Le Cannu ; Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1052, n° 343, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1991, p. 395, n° 3, Cl. Champaud. Rapp.

peuvent être créées, elles confèrent à leurs titulaires, à apport égal, des droits plus importants qu'aux titulaires d'actions ordinaires (*infra*, n° 289, 595-5). Un apporteur en industrie peut être mieux rémunéré que l'associé qui a le moins apporté en numéraire ou en nature (art. 1844-1 al. 1^{er} C. civ.). « Ce qui compte, c'est que subsistent pour chacun un espoir de profit... et un risque »¹.

42 L'inégalité interdite ◇ En revanche est interdite, la stipulation qui attribuerait à un associé la totalité du profit procuré par la société (art. 1844-1 al. 2 C. civ.). Cette attribution de « la part du lion » serait la négation de la société, du *jus fraternitatis* qui doit animer chacun des associés. Seraient également des *clauses léonines* celle qui exclurait totalement du profit ou des pertes un associé, ou celle qui mettrait à la charge de l'un d'eux la totalité des pertes (art. 1844-1 al. 2 C. civ.).

La présence d'une clause léonine dans les statuts ne peut plus entraîner la nullité de la société quel que soit son type, même si la clause a été la cause impulsive et déterminante du contrat de société. La clause est simplement réputée non écrite (art. 1844-1 al. 2 C. civ. ; art. L. 235-1) et le partage doit s'opérer proportionnellement aux apports (al. 1^{er}).

Est également réputée non écrite la **clause d'intérêt fixe** (ou clause intercalaire)² qui prévoit le paiement d'un intérêt aux associés par la société, même en l'absence de bénéfices (art. L. 232-15). Un tel paiement ne pourrait en effet se faire qu'en portant atteinte à l'intégrité du capital social. Sur le plan pénal, il y aurait distribution de dividendes fictifs (*infra*, n° 297).

La question de savoir si l'on se trouve en présence d'une clause léonine a commencé à se poser essentiellement à propos des cessions massives de droits sociaux³. Ainsi lorsqu'une cession d'actions est étalée dans le temps, il est fréquent de prévoir la signature d'une promesse d'achat par le cessionnaire, pour la partie des actions qui ne sont pas acquises immédiatement, avec un prix plancher en faveur du cédant. La Cour de cassation a longtemps considéré qu'il y avait là un pacte léonin, au motif que le cédant était exonéré

Paris, 14 déc. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 320, n° 98, PLC (clause prévoyant que le prix de cession de parts sociales sera réduit des dividendes versés au cédant).

Le juge fiscal adopte également cette position selon laquelle est admise une répartition inégalitaire des bénéfices, sous réserve de son éventuel caractère léonin (CE 26 févr. 2001, *Anzalone*, *RJF* 5/01, n° 619 ; *Dr. fisc.* 2001, n° 27, comm. 611 ; 23 nov. 2001, *SA Cogedac*, *RJF* 2/02, n° 196 ; 17 avr. 2008, *Petit*, *RJF* 8-9/08, n° 977).

1. Y. Chartier, n° 22.

2. J. Derruppé, *La clause d'intérêt fixe*, in *Mélanges J. Hamel*, p. 179. Cf. Com. 27 sept. 2005 (aff. *Bourgoin/CDR*), *Bull. Joly* 2006, p. 92, n° 13 ; *Dr. sociétés* 2005, n° 210, H. Lécuyer et n° 217, H. Hovasse ; D. 2005, p. 2681, A. Lienhard. (n'est pas une clause d'intérêt fixe une stipulation obligeant le seul acquéreur des actions et non la société) ; Montpellier, 10 nov. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 113, Th. Bonneau (clause assurant une rémunération minimale aux associés d'une SCI).

3. V. égal. à propos de la promesse de rachat à un prix plancher des actions du dirigeant qui cesse ses fonctions, Com. 12 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 516, n° 176, N. Rontchevsky.

de toutes pertes ¹. Cependant, en 1986, la Chambre commerciale, dans l'arrêt *Bowater*, a considérablement assoupli sa position envers ces conventions extra-statutaires :

« La cour d'appel n'avait pas à vérifier si la fixation, au jour de la promesse, d'un prix minimum, avait pour effet de libérer le cédant de toute contribution aux pertes sociales dès lors qu'elle constatait que la convention litigieuse constituait une cession ; qu'en effet est prohibée par l'article 1844-1 du Code civil la seule clause qui porte atteinte au pacte social dans les termes de cette disposition légale ; qu'il ne pouvait en être ainsi s'agissant d'une convention, même entre associés, dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux... » ².

L'arrêt *Jallet* a précisé que ne tombait pas sous le coup de la prohibition, sauf fraude, la stipulation « étrangère au pacte social et sans incidence sur l'attribution des bénéfices aux associés et sur leur contribution aux pertes » ³.

Plus récemment, la Chambre commerciale a réaffirmé la validité d'une promesse unilatérale d'achat à prix plancher qui avait pour objet, en fixant un prix minimum de cession, d'assurer l'équilibre des conventions entre les parties, en assurant au bénéficiaire, qui est avant tout un **bailleur de fonds**, le remboursement de l'investissement auquel il n'aurait pas consenti sans cette condition déterminante ⁴. Cette jurisprudence est évidemment déterminante pour la réussite des opérations de capital-investissement ou de capital-risque.

Dans d'autres arrêts, la Chambre commerciale relève, tout en arrivant au même résultat, que le bénéficiaire de la promesse, qui ne pouvait lever l'option qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un temps limité,

1. Com. 10 févr. 1981, *Rev. sociétés* 1982, 98, Ph. Merle. V. également Paris, 30 oct. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, I, 142 ; Paris, 5 déc. 1983, *Defrénois* 1984, art. 33428, n° 5, J. Honorat.

2. Com. 20 mai 1986, *Rev. sociétés* 1986, 587, D. Randoux ; *RTD com.* 1987, p. 66, n° 4, obs. Cl. Champaud et P. Le Floch ; p. 205, n° 3, obs. Y. Reinhard ; *JCP E* 1986, II 15846, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; J. Mestre, *RTD civ.* 1987, p. 744, n° 3 ;

3. Com. 10 janv. 1989, *JCP* 1989, II, 21256, A. Viandier ; *Bull. Joly* 1989, p. 256, n° 81, P. Le Cannu ; D. 1990, p. 250. Th. Forschbach. Cf. aussi Com. 19 mai 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 779, n° 250, P. Le Cannu (pacte de rachat). V. Com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 157, n° 40, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1995, p. 44, P. Didier ; *Dr. sociétés* 1994, n° 205, H. Le Nabasque : est réputée non écrite la convention extra-statutaire par laquelle un associé d'une société en nom collectif abandonne tous les bénéfices correspondant à ses parts sociales moyennant le versement d'une redevance par l'autre associé. Cette convention assure en effet au bénéficiaire de la redevance la certitude d'un profit même au cas où la société générerait des pertes, lesquelles seraient alors entièrement à la charge de l'autre associé. Rapp. sur la renonciation aux dividendes, Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 404, n° 143, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1996, n° 94, Th. Bonneau, *Rev. sociétés* 1996, p. 771, B. Saintourens.

4. Com. 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 270, n° 45, N. Mathey ; *JCP E* 2005, 131, n° 1, J. J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *RTD com.* 2005, p. 111, Cl. Champaud et D. Danet ; *Rev. sociétés* 2005, p. 593, H. Le Nabasque ; Com. 3 mars 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 583, n° 118, F.X. Lucas. Cf. égal. C. Barthe, *Le droit des sociétés face aux besoins du capital-investissement*, thèse Paris II, 2005.

restait, en dehors de cette période, soumis au risque de disparition ou de dépréciation des actions ¹.

La première Chambre civile a pendant longtemps adopté une solution plus rigide ². Cependant, par un arrêt du 29 octobre 1990 ³, elle s'est beaucoup rapprochée de la position de la Chambre commerciale ⁴.

La solution est particulièrement importante en matière de **portage d'actions** ⁵. Le portage est la convention par laquelle le porteur accepte sur demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu que, après un certain délai, ces actions seront transférées à une personne désignée et à un prix fixé dès l'origine ⁶. Le portage est un service rendu, par une personne de confiance. Il peut correspondre pour une société à des objectifs très divers : prendre une participation par l'intermédiaire d'un organisme financier porteur (par exemple, dans le cadre d'un RES), préparer une introduction en bourse, améliorer ses fonds propres ⁷. L'accord se matérialise généralement par une pro-

1. Com. 22 févr. 2005, *RJDA* 2005, p. 592, n° 702 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 593, H. Le Nabasque ; *Bull. Joly* 2005, p. 961, n° 229, F. X. Lucas ; *JCP E* 2005, 1046, n° 1, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

2. Par ex. Civ. 1^{re}, 22 juill. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 859, n° 258, P. Le Cannu ; *D.* 1987, somm. 390, J. Cl. Bousquet ; *JCP E* 1987, II, 16342, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1987, p. 70, n° 1, E. Alfandari et M. Jeantin.

3. Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1052, n° 343, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1991, p. 395, n° 3, Cl. Champaud.

4. F.X. Lucas, *Promesse d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines ; à la recherche de la cohérence perdue*, *JCP E* 2000, p. 168. La divergence entre les chambres civiles et commerciale devrait se réduire puisque le contentieux des sociétés civiles est désormais porté devant la Chambre commerciale, sauf pour les SCI (3^e Ch. civ.), les SCP et les coopératives agricoles (1^{re} Ch. civ.).

5. P. Soumrani, *Le portage d'actions*, LGDJ 1996, préf. B. Oppetit ; B. Treille, *La convention de portage*, *Rev. sociétés* 1997, p. 721 ; F. Pollaud-Dulian, *L'actionnaire dans les opérations de portage*, *Rev. sociétés* 1999, p. 765. **Sur la fiscalité du portage d'actions**, cf. J.-C. Parot, *La fiscalité du portage d'actions*, *Dr. fisc.* 1997, n° 37, p. 1061. La convention de portage peut entraîner des conséquences fiscales : CAA Bordeaux, 7 juill. 1998, *RJF* 11/98, n° 1276 (régime de faveur des entreprises nouvelles ; art. 44 sexies CGI, *supra* n° 5) ; CE 29 déc. 2000, *Roesch*, *RJF* 3/01, n° 310 ; *Dr. fisc.* 2001, n° 15, comm. 337 ; 28 févr. 2007, *Persicot*, *RJF* 5/07, n° 599 ; et CAA Versailles 26 juin 2007, *Duboc*, *RJF* 1/08, n° 66 (constitution ou non d'un abus de droit ; art. L 64 LPF, *infra* n° 52-1) ; CAA Douai 27 mars 2002, *Sté « 3 Suisses International »*, *RJF* 4/03, n° 414 ; *Dr. fisc.* 2002, n° 46, comm. 892 (acte anormal de gestion ; *infra*, n° 52-1).

6. Définition donnée par D. Schmidt, *Les opérations de portage de titres de sociétés*, in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg, *Feduci* sept. 1984, LGDJ 1985, p. 30. Sur la différence entre le portage et le prêt, Com. 23 janv. 2007, *RJDA* 2007, p. 428, rapport V. Michel-Amsellem ; *Bull. Joly* 2007, p. 610, n° 154, F. X. Lucas ; *Rev. sociétés* 2007, p. 315, A. Viandier. Rappr. à propos du réméré sur obligations, C. Thonier, *Banque* 1985, 595.

7. Cf. D. Schmidt, p. 31 s. Sur la condamnation du président des *Ciments français* pour défaut d'information sur des opérations de portage malheureuses, faussant le fonctionnement du marché (art. 9-1 ord. 28 sept. 1967), cf. Paris, 6 avr. 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 735, J.-L. Médus ; *Dr. sociétés* 1995, n° 105, H. Hovasse (400 000 F d'amende). Cet arrêt a été cassé par Com. 18 juin 1996, *RJDA* 1996 p. 867, n° 1206, pour violation de l'article 6 CEDH (*infra*, n° 526) ; v. égal. Com. 27 mai 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 133, H. Hovasse. Sur le traitement comptable de l'opération, Avis CNC n° 94-01 du 16 sept. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 205, n° 66 ; Commentaire D. Ledouble, *JCP E* 1995, I, 437 ; J.-L. Medus, *Convention de portage et information comptable et financière*, *Rev. sociétés* 1993, p. 509.

messe d'achat consentie par le chef d'entreprise au profit du porteur (le plus souvent un organisme financier spécialisé) et une promesse de vente consentie par celui-ci. L'accord peut contenir une convention de vote, les modalités de la rémunération du portage, et il fixe « le prix de sortie » (par ex. prix plancher majoré d'un taux d'intérêt annuel).

La jurisprudence des cours d'appel tendait à reconnaître la validité du portage ¹. La Chambre commerciale a consacré cette solution, souhaitée par la pratique, en proclamant la validité de la convention de portage : « ... Vu l'article 1844-1 C. civ... *Attendu que la cour d'appel a déclaré nulle et réputée non écrite la clause relative à la définition du prix de rachat en retenant que la clause litigieuse avait eu pour but de garantir la SDBO contre toute évolution défavorable des actions et de la soustraire à tout risque de contribution aux pertes sociales ;*

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la cession initiale avait été complétée par des promesses croisées de rachat et de vente des mêmes actions libellées en des termes identiques au profit de chacune des parties contractantes, ce dont il résultait que celles-ci avaient organisé, moyennant un prix librement débattu, la rétrocession des

1. Par ex. Paris, 9 juin 1983, *D.* 1984, IR 81, M. Vasseur ; Paris, 26 févr. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 695, n° 154, J.-J. Daigre (société en participation de portage). La fiducie-gestion pourrait être une autre solution. La fiducie a été introduite en France par la loi du 19 févr. 2007 (art. 2011 à 2031 C. civ. ; Avis CNC 2008-03 du 7-2-2008). L'article 2011 la définit comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Elle a été conçue comme un instrument de gestion (« fiducie-gestion ») et également de garantie (« fiducie-sûreté »). La réforme, porte atteinte au principe d'unité du patrimoine puisque le fiduciaire possède un second patrimoine, le patrimoine fiduciaire ; elle est cependant timide et doit être considérée comme un premier pas. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a apporté plusieurs modifications au texte d'origine : extension de la qualité de constituant à toute personne physique ou morale ayant la capacité de s'engager juridiquement ; la qualité de fiduciaire qui était réservée aux établissements financiers est étendue aux avocats. La durée maximale du contrat de fiducie est portée à 99 ans (art. 2018, 2^e nouv. C. civ.). L'ordonnance du 30 janv. 2009 a complété le dispositif (BRDA n° 3-2009, p. 32). Sur les critiques dont le texte d'origine a fait l'objet, cf. en particulier *Dossier Dalloz* coordonné par F. Barrière, *D.* 2007, p. 1346, spéc. C. Larroumet et P. Crocq ; Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2007, p. 728. Cf. égal. Colloque DJCE, Paris 2, *JCP E* 2007, 2050 ss.. Pour une comparaison entre la fiducie-gestion et le contrat de société, J. Ph. Dom, *Rev. Sociétés* 2007, p. 481. Sur la fiducie et la procédure de sauvegarde, R. Damman et G. Podeur, *Bull. Joly* 2008, p. 88. Sur le volet fiscal (« neutralité » de la fiducie : le transfert est réputé fiscalement ne pas avoir eu lieu), cf. ord. précitée, titre III. J. Turot, *Fiducie : être ou ne pas être neutre, voici la question*, *Dr. fisc.* 2007, n° 16, ét. 433, p. 8 ; G. Blanluet et J.-P. Le Gall, *La fiducie, une œuvre inachevée*, *Dr. fisc.* 2007, n° 26, ét. 676, p. 7 ; *Dr. sociétés* juill. 2007, p. 7 ; août-sept. 2007, p. 6. Plus particulièrement sur la fiscalité des trusts : J.-M. Tirard, *Trust patrimonial et droit fiscal : français*, *Dr. et patr. déc.* 2004, n° 132, p. 61 ; G. Blanluet et J.-P. Le Gall, *Le trust au pied du mur*, *Dr. fisc.* 2005, n° 29, ét. 27, p. 1230 ; Com. 15 mai 2007, *Tardieu de Maleissye*, *RJF* 10/07, n° 1170, ét. B. Hatoux, p. 813 (la remise aux bénéficiaires des biens transférés dans un trust américain caractérise une mutation à titre gratuit prenant effet au décès du constituant) ; CAA Bordeaux 10 mars 2008, *Williams*, *RJF* 8-9/08, n° 961 (preuve de l'existence d'un trust non rapportée) ; sur l'inclusion dans l'assiette de l'ISF (*infra* n° 420) du trust : TGI Nanterre 4 mai 2004, *Poillot*, *RJF* 11/04, n° 1201 (exonération) ; Com. 31 mars 2009, *d'Elbée*, *RJF* 7/09, n° 701 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 24, comm. 365 (inclusion si le constituant a un droit de jouissance et de disposition), note G. Blanluet. et J.-P. Le Gall.

actions litigieuses sans incidence sur la participation aux bénéfices et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux, la cour d'appel a violé le texte susvisé... »¹.

SECTION 4. L'AFFECTIO SOCIETATIS

43 Caractéristiques ² ◇ L'*affectio societatis*, l'intention de s'associer, n'est pas formellement exigée par l'article 1832 du Code civil qui définit la société. Mais il ne fait aucun doute qu'en l'absence d'*affectio societatis*, il ne saurait y avoir de société³. Faute de précision légale, la doctrine s'est efforcée de cerner la notion, chacun des meilleurs auteurs y allant de sa propre définition⁴, certains mettant en doute sa nécessité⁵. Cette diversité d'opinions est révélatrice de l'absence d'unité de la notion d'*affectio societatis*. Qu'y a-t-il de commun en effet entre deux artisans maçons qui engagent la totalité de leurs économies et doivent consentir une hypothèque sur leur maison pour créer une SARL et obtenir un concours bancaire indispensable, et l'épargnant qui souscrit cent actions de *France Télécom* lors de sa privatisation, car tous les journaux l'ont assuré d'une confortable plus-value à très court terme ? L'*affectio societatis* souvent très forte chez les associés de société de petite taille⁶ est inexistante chez l'immense majorité des actionnaires des sociétés cotées en bourse. C'est

1. Com. 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 797, n° 214, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés*, 1994, n° 141, H. Le Nabasque ; *RTD com.* 1994, p. 720, Cl. Champaud et D. Danet ; *Rev. dr. bancaire* 1994, p. 176, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *Rev. sociétés* 1994, p. 708, Y. Reinhard ; *Com.* 27 sept. 2005 préc. (*aff. Bourgoin-CDR*) *Dr. sociétés* 2005, n° 210, H. Lécuyer et n° 217, H. Hovasse ; *D.* 2005, p. 2681, A. Lienhard.

2. I. Tchoutourian, *L'affectio societatis, critère de validité et de qualification du contrat de société*, Thèse dactyl. Nancy II, 2007.

3. Par ex. Civ. 3^e, 8 janv. 1975, *Rev. sociétés* 1976, 301, I. Balensi (« la nullité d'une société pour défaut d'*affectio societatis* entraîne l'inexistence de tout lien véritable d'association entre les pseudo-associés... ») ; Civ. 3^e, 22 juin 1976, *D.* 1977, p. 619, P. Diener (ces personnes « ont reconnu ne pas avoir eu à l'origine l'*affectio societatis* nécessaire à la constitution d'une société ; que par suite la SARL N. se révélait comme n'ayant jamais eu d'existence... ») ; *Com.* 10 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 767, n° 249, J.-J. Daigre ; Civ. 1^{re} 14 déc. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 525, n° 109, J. J. Daigre (dissolution d'une SCP pour disparition de l'*affectio societatis*). Sur la preuve de l'*affectio societatis*, cf. note Y. Guyon sous Civ. 1^{re}, 4 nov. 1987, *Rev. sociétés* 1988, p. 525. Comparez sur le *jus fraternitatis*, Y. Guyon, *La fraternité dans le droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1989, p. 439. Rapp. sur le danger d'être associé de complaisance, Paris, 8 nov. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 98, n° 21, M. Jeantin ; *JCP E* 1990, II, 15677, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. V. par ex. la présentation des différentes théories par P. Diener, note préc. *Adde*, P. Serlooten, *L'affectio societatis, une notion à réviser*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 1007.

5. Cf. par ex. P. Didier, « le consentement doit se colorer d'une intention particulière que l'on dénomme traditionnellement *affectio societatis*, ce qui ne veut sans doute pas dire grand-chose (d'où l'emploi d'une expression latine)... », 1^{re} éd. 1970, p. 311. Cf. également A. Viandier, pour qui l'*affectio societatis* est plus un sentiment qu'un concept juridique, in *La notion d'associé*, préf. F. Terré, *LGDJ* 1978, n° 75 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, *Le spectre de l'affectio societatis*, *JCP E* 1994, I, 346.

6. Civ. 3^e, 27 sept. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 271, n° 55, F. X. Lucas (disparition de l'*affectio societatis* justifiant le retrait d'un associé d'une société civile).

une notion multiforme ¹ dont le plus petit commun dénominateur englobe la volonté des associés de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune ; cette volonté commune devant exister non seulement au moment de la création de la société, mais aussi se prolonger pendant toute la vie sociale ².

La Chambre commerciale s'est prononcée nettement sur le contenu de l'*affectio societatis* en cassant l'arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas recherché « si en s'intéressant » à la gestion du fonds R. avait collaboré de façon effective à l'exploitation de ce fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé pour participer aux bénéfices comme aux pertes... » ³.

En pratique, la notion d'*affectio societatis* est utilisée pour qualifier les contrats dans les situations incertaines et distinguer les sociétés fictives ⁴.

Dans l'EURL et la SASU, faute de pluralité d'associés, il ne peut y avoir d'*affectio societatis* de la part de l'associé unique, mais celui-ci doit se comporter en tant que membre d'une personne morale, en évitant surtout toute confusion entre le patrimoine social et ses biens personnels (*infra*, n^{os} 235 et 595-18).

44 Applications ◇ La question de savoir si une société a été créée de fait entre concubins ⁵ se pose soit à l'occasion de la rupture du concubinage, l'un des concubins demandant le partage ⁶, soit à l'initiative d'un créancier voulant poursuivre le règlement de son dû sur le patrimoine social (v. sur les sociétés créées de fait, *infra*, n^{os} 614 s.). Le critère est celui de l'existence de l'*affectio societatis* : dès lors que les concubins ont eu la volonté d'exploiter leur commerce sur un pied d'égalité, de partager les bénéfices et, en cas de déficit, de contribuer aux pertes, il y a société ⁷. Mais la seule cohabitation entre concubins ne suffit pas pour donner naissance à une société ⁸.

L'employé qui est rémunéré par une participation aux bénéfices n'est pas un associé qui fait un apport en industrie, dès lors qu'il est sous un lien de

1. Y. Guyon, n^o 126 ; N. Reboul, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, *Rev. sociétés* 2000, p. 425. Sur l'*affectio societatis* dans les sociétés entre époux, Paris, 3 juill. 1991, *Rev. sociétés* 1991, 825, Y.G.

2. V. par ex. Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n^o 225, Th. Bonneau (*affectio societatis* entre médecins) ; Paris, 10 mai 1995, *JCP E* 1995, I, 505, n^o 1, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Com. 3 juin 1986, *Rev. sociétés* 1986, 585, Y. Guyon.

4. Com. 15 mai 2007, *BRDA* n^o 13-2007, p. 3 (société fictive dissimulant une donation). Sur la nullité d'une cession d'actions, l'acquéreur étant dépourvu de toute *affectio societatis*, Com. 25 avr. 2006, *Rev. sociétés* 2006, p. 793, A. Viandier.

5. V. également pour les « entreprises-pilotes », *infra*, n^{os} 616, 637.

6. V. Civ. 1^{re}, 2 oct. 1974, *Bull. civ. I*, n^o 249, p. 213 ; ou pour une demande d'attribution préférentielle, Civ. 1^{re}, 4 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n^o 256, p. 230 ; Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1989, II, 765, J. Massip.

7. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1980, *Bull. Jolly* 1980, p. 728, n^o 378 ; Com. 9 nov. 1981, *Rev. sociétés* 1983, 91 (1^{re} esp.), Y. Chartier ; Civ. 1^{re}, 5 mars 1985, *RJ com.* 1987, 7 (3^{re} esp.), C.H. Gallet ; Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *RJDA* 2001, p. 941, n^o 1110 (admission large pour un projet immobilier commun).

8. V. *infra*, n^o 615.

subordination. Il est lié à la société par un *contrat de travail* ; l'*affectio societatis* impliquant l'égalité entre associés exclut toute subordination ¹.

Lorsqu'un banquier consent une avance à l'un de ses clients et reçoit en contrepartie une quote-part des bénéfices, est-il *prêteur* ou associé ? Ici encore la réponse est fournie par l'existence ou non de l'*affectio societatis*. Ce n'est pas parce que le banquier exige de son client des comptes « fiables » et fait contrôler par ses collaborateurs les stocks et autres actifs qu'il y a société créée de fait ². La situation serait en revanche différente s'il disposait d'un droit d'intervention dans la vie de l'entreprise ³.

Dans les contrats de *mandat* et de *commission*, comme dans les contrats de *concession* et de *franchise*, les intérêts des différentes parties sont en principe trop divergents pour que l'on puisse reconnaître l'existence de l'*affectio societatis*.

En revanche, il est souvent difficile de distinguer entre l'*indivision* qui peut être organisée (L. 31 déc. 1976) et la société créée de fait. L'esprit d'entreprise qui a animé les participants, la part prise dans le développement de l'entreprise commune peuvent entraîner la qualification de société ⁴.

L'absence d'*affectio societatis* permet également de démasquer les *sociétés fictives* (*infra*, n° 46). Tel est le cas lorsque les personnes qui apparaissent comme associés ne sont en réalité que des prête-noms ⁵.

1. Com. 5 nov. 1974, *Rev. sociétés* 1975, 492, Y. Guyon ; Paris, 2 déc. 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 375, n° 12 ; rapp. Com. 21 juin 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 689, n° 229, P. Le Cannu ; Paris, 16 mars 1988, *RTD com.* 1989, p. 243, n° 3, Cl. Champaud et P. Le Floch ; Paris 7 juin 2001 (aff. *Formule 1*), *RJDA* 2002, p. 27, n° 41 (société propriétaire d'hôtel) ; C. Cutajar, *La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité*, *RJDA* 2002, Chr. p. 3.

2. Paris, 21 févr. 1984, *RTD com.* 1984, p. 706, n° 11, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Civ. 1^{re}, 26 janv. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 193, n° 43 ; *Rev. dr. bancaire* 1988, 130, M. Jeantin et A. Viandier ; Com. 12 oct. 1993, *JCP E* 1993, I, 331, n° 2 ; A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris, 28 sept. 1999, *JCP E* 2000, p. 299 ; *RTD com.* 2000, p. 103, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris 29 mars 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 100, F. G. Trébulle.

3. Cf. A. Viandier, *La notion d'associé*, *op. cit.*, n° 176.

4. Com. 12 févr. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 70, p. 61. F. Caporale, *Société et indivision*, *Rev. sociétés* 1979, 265 ; C. Saint-Alary-Houin, *Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil*, *RTD com.* 1979, 645 ; Fl. Deboissy et G. Wicker, *La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux*, *RTD civ.* 2000, p. 225.

5. Cf. par ex. Civ. 3^e, 22 juin 1976, *préc. D.* 1977, p. 619, P. Diener ; Paris, 26 janv. 1986, *RTD com.* 1986, p. 518, n° 2, obs. Cl. Champaud, P. Le Floch ; Paris, 4 févr. 2000, *RTD com.* 2000, p. 370, Cl. Champaud et D. Danet (utilisation de prête-noms pour atteindre le nombre de sept actionnaires d'une SA). Sur l'exclusion d'un associé pour défaut d'*affectio societatis*, Poitiers, 25 mars 1992, J.-M. de Bermond de Vaulx, *Dr. sociétés*, avr. 1993, p. 1.

CHAPITRE 2

LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ

L'article 1832 alinéa 1^{er} du Code civil rattachant la société au contrat, il convient, suivant une démarche classique, d'indiquer les *conditions de fond* qui doivent être réunies (section 1), puis les *conditions de forme* qui doivent être remplies (section 2). Enfin, il faudra préciser ce qu'il en est des *sanctions* en cas de vice de constitution (section 3).

SECTION 1. LES CONDITIONS DE FOND

Outre les caractères fondamentaux qui doivent être réunis (chapitre 1, *supra*, n^{os} 25 s.), en application de l'article 1108 du Code civil, quatre conditions sont également essentielles pour la validité du contrat ; elles concernent le consentement (§ 1), la capacité (§ 2), l'objet (§ 3) et la cause (§ 4).

§ 1. Le consentement

- 45 **Intégrité du consentement** ◇ Le consentement qui est donné par les associés doit être *exempt de vice*. Théoriquement tous les vices du consentement admis par le droit civil peuvent s'appliquer au contrat de société. En pratique, ils se rencontrent très rarement.

L'*erreur* pourrait porter sur la personne d'un associé, dans une société de personnes, là où l'*intuitus personae* est déterminant ; elle pourrait également porter sur la nature du contrat conclu ou le type de société adopté ¹.

Le *dol* devrait avoir été tel que sans les manœuvres frauduleuses de l'un des associés, l'autre n'aurait pas contracté (art. 1116 C. civ.) ².

Quant au vice de *violence*, théoriquement possible, on n'en trouve pas trace en jurisprudence.

- 46 **Sincérité du consentement** ³ ◇ La volonté de s'associer doit être sincère. Elle ne doit pas être simulée. Il y aurait simulation ⁴ si le contrat de société (acte apparent) dissimulait une autre convention (secrète) voulue en réalité

1. Com. 8 mars 1965, *Bull. civ.* III, n^o 173, p. 147.

2. Sur les conséquences du dol commis envers un souscripteur à une augmentation de capital, vis-à-vis des créanciers sociaux, *cf.* Com. 18 juin 1973, *Rev. sociétés* 1973, 682, J.-P. Sortais.

3. P. Rouast-Bertier, *Société fictive et simulation*, *Rev. sociétés* 1993, p. 726.

4. Civ. 3^e, 18 déc. 2007, *BRDA* n^o 4-2008, p. 3.

par les parties : contrat de prêt pour échapper à la répression de l'usure ¹ ; contrat de travail pour se soustraire aux lois sociales ² ; contrat de vente pour bénéficier d'une fiscalité moins lourde ³ ; donation pour échapper aux règles protégeant la réserve héréditaire ⁴.

Entre les parties, c'est l'acte secret qui l'emporte, en application du principe de l'autonomie de la volonté, à condition qu'il soit lui-même licite ⁵. Si l'acte secret est nul, le contrat de société est le seul à produire effet dès lors qu'il est valable ⁶. Quant aux tiers, en particulier l'administration fiscale, ils ont une option, ils peuvent invoquer l'acte apparent ou se prévaloir de la situation réelle ⁷.

Est également une société simulée, la **société fictive** qui n'est qu'une façade masquant les agissements d'une seule personne ⁸, elle-même associée ou étrangère à la société, qui a recours à des prête-noms ⁹. La société

1. Com. 12 déc. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 306, p. 252.

2. Soc. 30 avr. 1985, *BRDA*, n° 17-1985, p. 9 ; Cons. Prud'hommes Évry, 28 sept. 2000, *RJDA* 2001, p. 522, n° 587.

3. Rouen, 6 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, 740, J.-P. Sortais ; comp. Civ. 1^{re}, 23 mai 1977, *D.* 1978, p. 89, M. Jeantin.

4. Aix, 7 avr. 1971, *Rev. sociétés* 1971, 576, D. Schmidt.

5. Aix, 7 avr. 1971. Pour établir l'existence de l'acte secret, les parties disposent de l'action en déclaration de simulation.

6. Mais l'acte de société pourrait être annulé s'il y avait indivisibilité des deux actes dont chacun était indispensable pour réaliser la fraude : Com. 13 oct. 1969, *Bull. civ.* IV, n° 289, p. 273.

7. Com. 10 juin 1953, *JCP* 1954, II, 7908, D. Bastian ; Nancy, 25 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 885, n° 308 (action d'un syndic, sur la base de l'art. 1321 C. civ., réclamant à un souscripteur-prête-nom le reliquat de sommes non libérées à la suite d'une souscription d'actions). Sur le conflit entre créanciers sociaux et créanciers personnels, cf. M. Dagot, *La simulation en droit privé*, LGDJ 1967, n° 296 ; J. Calais-Auloy, *Encycl. Dalloz, Rép. sociétés*, V° société fictive, n° 28 ; M. de Gaudemaris, *Théorie de l'apparence et sociétés*, *Rev. sociétés* 1991, p. 465.

8. Rapp. Paris, 11 juill. 1990, *D.* 1991, p. 33, C. Larroumet (action en déclaration de simulation tendant à faire juger qu'un associé est le véritable propriétaire d'un immeuble apparement acquis par une société du Liechtenstein) ; Com. 21 nov. 1995, *JCP E* 1996, II, 852, J.-J. Daigre (absence d'activité économique réelle).

Pour sa part, le juge fiscal condamne la société fictive quand elle s'avère constitutive d'un abus de droit : Com. 15 mai 2007, *Saunier*, *RJF* 1/07, n° 126, note O. Debat ; 13 janv. 2009, *de Wurstenberg*, *RJF* 5/09, n° 518 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 17, comm. 294.

9. V. pour le cas d'une société de façade destinée à permettre à un chirurgien-dentiste d'exercer une activité commerciale que sa profession lui interdit, T. com. Paris, 8 juin 1984, *Gaz. Pal.* 1985, I, 77, J.-J. Ploquin. Rapp. Com. 2 juin 1987, *Bull. civ.* IV, n° 132, p. 101 ; *Rev. sociétés* 1987, 629, Y.G. (société constituée fictivement afin de se soustraire à l'action de créanciers, notamment du fisc). V. égal. Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 423, n° 150 (fraude paulienne) ; Com. 28 nov. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 179, n° 46 (sociétés de façade, sans réelle autonomie, destinées à un montage juridique pour la dissociation d'opérations liées à l'exploitation d'un navire) ; Crim. 21 oct. 1991 *RJDA* 1991, n° 1025 (société fictive créée pour obtenir des primes au titre de la création d'entreprise ; escroquerie) ; Civ. 3^e, 20 janv. 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 111, Th. Bonneau (société constituée fictivement et frauduleusement pour échapper à la réduction des voix édictée par l'art. 22 de la loi du 10 juill. 1965 sur la copropriété) ; Com. 21 nov. 1995, *JCP E* 1996, II, 852, J.-J. Daigre (société sans activité économique réelle). Cf. sur la tendance de la jurisprudence à réagir contre des fictivités trop facilement retenues, Com. 19 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 267, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1996, p. 686, Cl. Champaud et D. Danet ; Com. 14 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 56, n° 18, J.-J. Daigre ; Rouen, 28 janv. 1999, *RJDA* 1999, p. 335, n° 422. La possibilité de

fictive est le plus souvent entachée d'un vice : absence d'apport, apport fictif (*supra*, n° 28), défaut d'*affectio societatis* (*supra*, n° 43). La Cour de cassation considère qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante ¹.

La reconnaissance du caractère fictif de la société permet, lorsqu'il y a état de cessation des paiements, d'agir contre le maître de l'affaire et de le déclarer lui-même en redressement ou en liquidation judiciaire ². Souvent la confusion des patrimoines est telle qu'une procédure unique peut être appliquée ³. Le risque peut être sérieux dans les sociétés unipersonnelles (*infra*, n° 235) ⁴. La fictivité est aussi régulièrement invoquée par le créancier qui souhaite que le bien apporté à la « société » soit réintégré dans le patrimoine du débiteur ⁵.

En revanche, est licite la **convention de croupier** ⁶ par laquelle un associé, sans le consentement de ses coassociés, convient avec un tiers (« croupier ») de partager les bénéfices et les pertes résultant de sa participation dans la société. Le croupier, qui « monte en croupe derrière l'associé », n'est pas lui-même associé, il n'a que des droits pécuniaires. Une telle convention ne doit cependant pas être utilisée pour tourner les dispositions légales ou statutaires concernant l'entrée dans la société de nouveaux associés ⁷.

L'ancien article 1861 du Code civil disposait : chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a

création de sociétés d'une seule personne (EURL, SASU) doit permettre de réduire le nombre de sociétés fictives (*infra*, n°s 234 et 595-18).

1. Com. 3 juin 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 950, n° 200, F. X. Lucas ; Com. 22 juin 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 978, n° 229, A. Couret ; *Dr. sociétés* 1999, n° 143, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1999, p. 875, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 903, Y. Reinhard ; *Rev. sociétés* 1999, p. 824, A. Constantin ; Paris, 1^{er} déc. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 323, n° 88, B. Saintourens (apports effectués par le mari au moyen des biens propres de sa femme). La solution est contraire à la jurisprudence *Marleasing* de la CJCE (*infra*, n° 68). Pour une critique de la position de la Cour de cassation, cf. L. Comanges, *Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives*, *Bull. Joly* 2003, p. 12, n° 2.

2. Com. 19 févr. 2002, *JCP E* 2002, n° 1380, Ph. Pétel ; id., n° 1510, J. P. Legros ; Com. 8 juill. 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 79, J. P. Legros (SCI et société d'exploitation). Cf. A.M. Romani, *Les sociétés fictives dans les procédures collectives*, thèse 3^e cycle, Nice, 1981.

3. C. Saint-Alary-Houin, *Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire. Unité ou dualisme ?* in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 453 ; F. Gisserot, *La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension de la faillite ?* *RTD com.* 1979, 49. Comp. Civ. 1^{re}, 15 juill. 1989 et Com. 18 juill. 1989 (SCI fictive), *Rev. sociétés* 1990, 76, Y. G. ; Com. 8 févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 394, n° 117.

4. Aix 25 mars 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 164, Y. Chaput (EURL).

5. Par ex. Civ. 3^e, 10 oct. 2007, *BRDA* n° 21-2007, p. 3 ; Civ. 3^e, 18 déc. 2007, préc., *BRDA* n° 4-2008, p. 3.

6. P. Sarradin, *L'associé et son croupier*, thèse dactyl. Paris, 1970 ; J. Richard, *La convention de croupier*, *JCP N* 1987, I, p. 245. Sur les dangers de la croupe, Paris, 4 avr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 783, D. Randoux et sur pourvoi, Com. 15 déc. 1998, D. 1999, p. 516, F.X. Testut ; *Rev. sociétés* 1999, p. 350, D. Randoux ; Paris 9 avr. 2004, *JCP E* 2004, 803.

7. T. com. Paris, 12 mars 1979, *Rev. sociétés* 1980, 283, D. Randoux. V. également Civ. 1^{re}, 25 mai 1982, *Rev. sociétés* 1983, 333, D. Randoux ; Paris, 23 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1989, I, 428, J.G.M. ; T. com. Paris, 2 mai 1989, *JCP* 1990, II, 21575, M. Marteau-Petit.

dans la société ; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration.

Bien que la réforme du 4 janvier 1978 n'ait pas repris les dispositions de ce texte, il ne fait aucun doute que la convention de croupier demeure valable en raison du principe de l'autonomie de la volonté. Elle prend généralement la forme d'une société en participation (*infra*, n° 601) ¹. Elle est une parfaite illustration de la dissociation qui peut s'opérer entre le titre qui demeure à l'associé et l'émolument cédé au croupier ².

§ 2. La capacité

La capacité est l'aptitude d'une personne à participer à la vie juridique. Faute de dispositions particulières dans les textes régissant les sociétés commerciales, il convient de se référer aux règles du droit commun ³. La capacité requise varie suivant le type de société et la qualité de l'associé.

47 Mineurs ◇ Le mineur, même émancipé, ne peut pas être commerçant (art. L. 121-2 ; art. 487 C. civ.). Il en résulte qu'il ne peut pas être associé dans une société en nom collectif, ou commandité dans une société en commandite simple ou par actions.

En revanche, le mineur, même non émancipé, peut être actionnaire d'une société anonyme, commanditaire ou associé d'une société à responsabilité limitée, puisque la capacité de faire le commerce n'est pas exigée dans ces situations.

48 Sociétés entre époux ⁴ ◇ La validité des sociétés entre époux, après avoir été longtemps discutée, sauf pour les sociétés par actions, n'a été reconnue

1. Fiscalement, la convention de croupier enregistrée et dénoncée à l'administration fiscale est assimilée à une société en participation (R.M. JO AN 24 nov. 1986, p. 4367 ; pour un cas où cette circonstance n'était pas remplie, CAA Paris, 30 déc. 1998, *SARL Camera One*, Bull. Joly 1999, p. 584, n° 128, E. Desmorieux). De même, le droit d'enregistrement de 3 % (afférent aux parts sociales, *supra* n° 4) lui est applicable, alors pourtant qu'il n'y a pas de cession officielle de titres (R.M. JO AN 6 sept. 1975, p. 5968 ; cf. cependant, TA Lyon, 9 nov. 1999, *Hezez*, RJF 2/00, n° 205).

2. Un autre démembrement de droits sociaux peut résulter de l'usufruit. Cf. A. Le Bayon, *L'usufruit des parts sociales*, Rev. sociétés 1973, 435.

3. C. Boulogne-Yang-Ting, *Les incapacités et le droit des sociétés*, LGDJ, 2007, préf. G. Virassamy.

4. F. Dekeuwer-Deffosez, *Mariage et sociétés* in Études dédiées à R. Roblot, LGDJ 1984, p. 271 ; A. Colomer, *Les régimes matrimoniaux et le droit commercial*, T. II, *Les sociétés commerciales*, Defrénois 1984 ; F. Boussier, *Entreprise et mariage*, JCP N 1990, I, p. 371 ; J. Revel, *Droit des sociétés et régime matrimonial, présence et discrétion*, D. 1993, Chron. 33. Rapp. M. Tchendjou, *Le conjoint de l'associé*, RTD com. 1996, p. 409. Sur le comportement blâmable d'époux au sein d'une société, constitutif d'une cause de divorce, Paris, 3 juill. 1991, Rev. sociétés 1991, p. 825, Y.G. ; Paris, 6 mars 1996, D. 1996, somm. 344, J. Cl. Hallouin ; RTD com. 1996, p. 470, Cl. Champaud et D. Danet (divorce des époux associés ; dissolution). Comp. C. Malecki, *Le Pacs et le droit des sociétés*, Rev. sociétés 2000, p. 653 ; H. Hovasse, R. Gentilhomme, M. Deslandes, *Pacs et sociétés*, Dr. Sociétés, Actes Pratiques, 2001/1 ; R. Besnard-Goudet, *Réflexions sur le Pacs et le droit des sociétés*, JCP E 2001, p. 1128.

qu'en 1958, mais avec une importante restriction : les époux ne devaient pas être indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales dans une même société, ce qui leur interdisait d'être associés d'une société en nom collectif ou associés commandités (art. 1832-1 anc. C. civ.).

Cette restriction a été supprimée par la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux ¹. Depuis lors, deux époux peuvent être, seuls ou avec des tiers, associés dans une société, quelle qu'en soit la forme, et participer ensemble ou non à la gestion sociale (art. 1832-1 al. 1 nouv. C. civ.) ².

Le texte a confirmé, pour mettre fin à certaines controverses antérieures ³, la validité de la société entre époux qui ne serait constituée que par l'emploi de biens de communauté pour les apports ou l'acquisition de parts sociales.

En outre, afin d'éviter toute suspicion de donation déguisée entre époux réalisée sous couvert de la société, il est recommandé d'établir les statuts par acte authentique (cf. art. 1832-1 al. 2 C. civ. ; *infra*, n° 58) ⁴.

49 Étrangers ◇ La capacité d'un étranger, personne physique, dépend de sa loi nationale et non pas de la loi française. En principe, l'étranger qui désire exercer une activité commerciale en France doit en faire la déclaration au préfet du département dans lequel il envisage d'exercer (art. L. 122-1 modifié par L. 24 juill. 2006) ⁵. Cette obligation s'impose à l'associé en nom, au commandité, et même aux dirigeants sociaux (président du conseil d'administration, directeur général de SA, gérant de SARL) ⁶. Toutefois sont dispensés de cette autorisation, les ressortissants des pays membres de l'Union européenne, des États parties à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ⁷.

1. Y. Guyon et G. Coquereau, *JCP E* 1986, I, 15290, n° 6.

2. Cf. B. Maubru, *Les sociétés créées de fait entre époux*, in *Mélanges J. Derruppé*, 1991, p. 275.

3. Cf. J. Bardoul, *Les conjoints associés : commentaire des articles 12 et suivants de la loi n° 82-596 du 10 juill. 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, *Rev. sociétés* 1983, p. 5.

4. L'époux qui fait un apport ou acquiert des parts sociales non négociables doit avertir son conjoint de cette acquisition. Ce dernier peut notifier à la société son intention d'être personnellement associé, art. 1832-2 C. civ. ; cf. J. Derruppé, *La nécessaire distinction de la qualité d'associé et des droits sociaux*, *JCP N* 1984, p. 251 ; Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 1034, n° 377, J. Derruppé ; Com. 18 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 221, n° 85, J. Derruppé (revendication au cours d'une procédure de divorce). Sur la possibilité de renoncer à cette revendication, Paris, 16 oct. 1990, *Rev. sociétés*, 1991, 139, Y. Guyon ; *RTD com.* 1991, p. 392, n° 1, Cl. Champaud et sur pourvoi, Com. 12 janv. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 364, n° 99, J. Derruppé ; *Rev. sociétés* 1994, p. 55, J. Honorat.

5. La nécessité d'être titulaire d'une carte de commerçant étranger a été supprimée par l'ordonnance du 25 mars 2004. Cf. art. R. 313-3-1 C. étrangers. Sur les conditions relatives à la déclaration au préfet, cf. D. 26 juillet 2007 (art. D. 122-1 à D. 122-4) ; *BRDA* n° 15-16 2007, p. 16.

6. A. Kwiatkowski-Maitre, *Les dispositions concernant l'exercice d'un mandat social de dirigeant d'une société française par des étrangers*, *JCP E* 2008, 1873.

7. Cf. D. 9 et 15 mai 2007, *BRDA* n° 10 - 2007, p. 14.

Doit être également respectée la réglementation des relations financières entre la France et l'étranger, qui a été assouplie par la loi du 14 février 1996 (*in art. L. 151-1 à L. 151-4 C. mon. ; D. et A. 7 mars 2003*), puisque désormais les opérations d'investissements directs réalisés en France par des étrangers sont en principe libres, comme pour les investisseurs communautaires. Cependant, pour certains secteurs touchant à l'ordre public et à la sécurité publique, une autorisation préalable du ministre chargé de l'économie reste exigée ¹.

50 Personnes morales ◇ Les sociétés de droit privé dotées de la personnalité morale, qu'elles soient civiles ou commerciales (ainsi que les groupements d'intérêt économique) peuvent souscrire des actions ou des parts sociales d'autres sociétés. Elles doivent cependant respecter l'obligation relative aux informations à donner en cas de franchissement de certains seuils (*infra*, n° 659), les réglementations relatives aux participations réciproques (*infra*, n° 662) et aux rachats d'actions (*infra*, n° 279 s.).

Concernant les *personnes morales de droit public*, l'État peut souscrire des parts ou actions. Une loi est cependant nécessaire lorsque l'État prend une participation majoritaire et, bien entendu, pour une nationalisation. Les *collectivités territoriales* (régions, départements, communes), sauf autorisation accordée par décret, ne peuvent prendre de participations dans des sociétés commerciales autres que celles ayant pour objet l'exploitation de services publics locaux ou des activités d'intérêt général (art. L. 2251-1 s. et L. 3231-1 s. CGCT ; art. L. 381-1 C. des communes) ². Elles peuvent constituer des sociétés d'économie mixte locales (L. 7 juillet 1983 *in art. L. 1521-1 s. CGCT*). Quant aux *établissements publics*, ils peuvent participer à la constitution d'une société si l'activité de celle-ci est compatible avec leur objet et à condition de respecter le principe de liberté du commerce et de l'industrie.

51 Incapacités liées aux procédures collectives ◇ Les apports qui ont été effectués en période suspecte par le débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire peuvent être annulés (art. L. 632-1 ; L. 632-2, *supra*, n° 31).

1. Sur la loi du 14 févr. 1996, cf. D. Carreau et D. Hurstel, *La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France*, D. 1996, Chron. 239 ; D. Boulanger, JCP E 1996, I, 551 ; Th. Jacomet et D. Pinault, *Bull. Joly* 1996, p. 267, n° 94 ; Y. Reinhard, JCP E 1996, I, 578, n° 15, Y. Reinhard ; E. Broussy, *Réflexions sur le nouveau régime des investissements étrangers en France*, D. aff. 1996, p. 888. Sur le décret du 30 déc. 2005, dit « décret anti-OPA », cf. E. Chvika, D. 2006, p. 218 ; G. de Vries, JCP E 2006, 1849. V. *infra*, n° 650-1.

2. Les communes interviennent cependant pour aider des entreprises locales, industrielles ou commerciales, en difficulté, en cautionnant des emprunts de ces sociétés auprès des banques. Les entreprises en difficulté n'ayant souvent pas pu rembourser leurs emprunts, les communes ont dû quelquefois majorer leurs impôts locaux. V. sur les conditions dans lesquelles une commune, un département, une région peuvent accorder à une personne de droit privé une garantie d'emprunt, un cautionnement, L. n° 88-13 du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation (art. 10 s.) ; D. n° 88-336 du 18 avr. 1988. Cf. B. Poujade, *La loi du 5 janv. 1988 d'amélioration de la décentralisation et l'interventionnisme économique des collectivités locales*, JCP 1988, I, 3354.

Une fois la procédure collective ouverte, le débiteur ne pourrait faire d'apport qu'avec l'autorisation du juge-commissaire (art. L. 622-7).

Si la liquidation judiciaire est prononcée, le débiteur, personne physique ou personne morale, étant dessaisi de la gestion de son patrimoine, ne peut faire aucun apport (art. L. 641-9). La faillite personnelle a pour effet d'interdire à celui qui en est frappé de diriger, gérer, administrer ou contrôler toute entreprise commerciale ou artisanale et toute personne morale ayant une activité économique (art. L. 653-2). Le « failli » ne peut donc être associé en nom collectif ou commandité. Il peut cependant être associé d'une SA ou d'une SARL s'il a conservé la libre disposition de ses biens.

§ 3. L'objet

52 Définition ◇ L'objet du contrat est, conformément à l'article 1832 du Code civil, la mise en commun de biens ou d'activité en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (*supra*, n° 25). Mais au-delà de cette conception abstraite, on s'accorde pour considérer que l'objet de la société, l'*objet social*¹, c'est le genre d'activité que la société se propose d'exercer en vue de faire des bénéfices ou de réaliser des économies.

L'objet social doit être déterminé dans les statuts (art. L. 210-2)². Parfois il peut y avoir discordance entre l'objet social statutaire et l'activité réelle, l'objet social effectif. Selon la jurisprudence française, c'est l'activité effectivement menée par la société qui devra être prise en considération pour déterminer notamment si son objet est licite (*infra*, n° 54). L'objet social ne doit pas être confondu avec l'intérêt social.

52-1 L'intérêt social ◇ L'intérêt social n'est que peu évoqué dans le Code de commerce (art. L. 221-4 sur les pouvoirs des gérants de SNC ; art. L. 233-3 sur les conventions de vote ; art. L. 241-3 et L. 242-6 sur l'abus de biens sociaux et l'abus de crédit)³. Faute de définition légale, les auteurs se divisent sur le concept. Certains prétendent que l'intérêt social est l'intérêt de l'entreprise⁴, c'est-à-dire qu'il englobe non seulement l'intérêt des associés mais également celui des salariés, des créanciers, des clients, voire de

1. Y. Chaput, *De l'objet des sociétés commerciales*, thèse dactyl., Clermont, 1973. Sur un certain déclin de la notion d'objet social, cf. M. Dagot et C. Mouly, *L'usage personnel du crédit social et son abus (Repenser la fonction des personnes morales)*, *Rev. sociétés* 1988, p. 1, spéc. p. 12, n° 12 ; G. Ripert et R. Roblot, n° 740.

2. Sur la nécessité de publier au BODACC toute modification de l'objet social, cf. Cl. Champaud et P. Le Floch sous R.M. JO déb. AN 16 nov. 1987, *RTD com.* 1989, p. 248, n° 6.

3. G. Sousi, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse dactyl., Lyon III, 1974 ; J. Schapira, *L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme*, *RTD com.* 1971, p. 959 ; A. Constantin, *L'intérêt social : quel intérêt ?* in *Mélanges B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre 2002, p. 315.

4. B. Teyssié, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, *D.* 2004, p. 1680.

l'État ¹. D'autres estiment que l'intérêt social doit s'entendre comme l'intérêt propre de la société : celle-ci est constituée dans l'intérêt des associés ², qui attendent une création de richesse et, tout particulièrement dans les sociétés par actions, une optimisation de la valeur de leurs titres ³.

Le choix entre les deux conceptions n'est pas neutre, il influe nécessairement sur le mode de gouvernement de la société ⁴ et sur le point de savoir qui, des dirigeants ou de l'assemblée des associés, fixe l'intérêt social. Il se complique dès lors que l'on se trouve en présence d'un groupe : y a-t-il un « intérêt social du groupe » qui doive l'emporter sur l'intérêt de telle ou telle filiale (*infra*, n° 671) ?

Le débat sur l'intérêt social a lieu aujourd'hui plus souvent dans les prétoires qu'au sein des sociétés ⁵. C'est ainsi que le juge pénal peut être conduit à sanctionner les dirigeants sur la base d'un abus de biens sociaux (*infra*, n° 416-1). En cas de conflits entre associés, les tribunaux de commerce sont invités à reconnaître l'existence d'un abus de majorité ou d'un abus de minorité (*infra*, n° 578 s.). Le juge des référés, dans une situation de crise grave, interviendra au nom de l'intérêt social pour désigner un administrateur provisoire (*infra*, n° 574) ⁶.

Il existe un pendant fiscal à la contrariété à l'intérêt social, l'**acte anormal de gestion** ⁷. Si, ni l'administration fiscale, ni le juge fiscal, n'ont à s'immis-

1. Cf. par ex. J. Paillusseau, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP E 1995, I, 488. V. dans cette optique, l'arrêt *Fruehauf*, Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274 bis, concl. Nepveu ; D. 1968, p. 147, R. Contin.

2. D. Martin, *L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ?* in *Mélanges D. Schmidt*, Joly 2005, p. 359.

3. D. Schmidt, *De l'intérêt social*, JCP E 1995, I, 488.

4. L. Goffaux-Callebout, *La définition de l'intérêt social ; retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, RTD com. 2004, p. 35 ; A. Couret, M. Germain, D. Schmidt et alii, *Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?* Rev. dr. bancaire n° 55, juin 1996, p. 72 ; S. L'Hélias, *Le retour de l'actionnaire*, éd. Gualino, 1997.

5. Cf. sur les différentes positions doctrinales, le dossier « Intérêt social » in Dr. et patr., avr. 1997, p. 42 ; A. Couret, in *Cahiers Dr. entreprise* 4/1996, p. 1 ; A. Pirovano, *La « boussole » de la société. Intérêt commun, Intérêt social, Intérêt de l'entreprise*, D. 1997, Chron. 189 ; Ph. Goutay et F. Danos, *De l'abus de la notion d'intérêt social*, D. aff. 1997, 877 ; J.-P. Bertrel, *Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996, p. 595 ; D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, 2^e éd., 2004 et, à propos de cet important ouvrage, M. Bergerac et A. Bernard, *Fantaisie à deux voix*, D. aff., 2000, Chron. p. 315 ; A. Constantin, *L'intérêt social : quel intérêt ?* in *Mélanges à B. Mercadal*, EFL 2002, p. 317. Cf. égal. A. Couret, *Le désintérêt social*, in *Mélanges P. Bézard* 2002, p. 63.

6. Traditionnellement, les juges ne s'immiscent pas dans la gestion des sociétés. Voyez cependant, Com. 13 nov. 2007, Rev. sociétés 2008, p. 113, M. Pariente ; Dr. sociétés 2008, n° 32, H. Hovasse ; RTD com. 2008, p. 366, P. Le Cannu et B. Dondero, estimant que la souscription d'un cautionnement est contraire à l'intérêt social de la filiale. Dans le même sens, Com. 3 juin 2008, Rev. sociétés, 2009, p. 383, D. Randoux (SCI).

7. C. Bur, *L'acte anormal de gestion ou le premier risque fiscal pour l'entreprise*, EFE, 1999 ; M. Cozian, *Les grands principes...*, Doc. 6, *La théorie de l'acte anormal de gestion*, p. 91 ; C. David, O. Fouquet, B. Plagnet et P.-F. Racine, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 5^e éd., 2009, n° 31, *Le principe de la liberté de gestion des entreprises et la théorie des actes anormaux de gestion*, et n° 49, *La charge de la preuve* ; J.-L. Rossignol, *Risque et fiscalité de l'entreprise*, Dr. et patr. 2002,

cer dans la gestion d'une société, ce qui est du ressort des dirigeants ¹, cette notion, d'origine essentiellement prétorienne, ne les autorise pas moins à vérifier que les décisions fiscales prises au sein de la société l'ont été dans l'intérêt de cette dernière.

Plus précisément, constitue un acte anormal de gestion « celui qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise, ou qui prive cette dernière d'une recette, sans que l'acte soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale » ². Ainsi, en la matière, le droit des sociétés et le droit fiscal peuvent-ils se recouper ³.

La société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés (art. 1833 C. civ.). L'intérêt commun implique l'égalité des associés ; il veut que chacun participe à l'enrichissement social en proportion de ses droits individuels. La violation de l'intérêt commun devrait, suivant les partisans du renouveau de ce concept, pouvoir être sanctionnée plus facilement que l'abus de majorité, grâce à

n° 109, p. 26 ; M. Collet, *Contrôle des actes de gestion : pour un retour à l'anormal*, Dr. fisc. 2003, n° 14, p. 536 ; A. Fauchon, *La preuve de l'acte anormal de gestion*, in *La preuve*, sous la direction de C. Puigelier, *Études juridiques* 19, Litec, 2004, spéc. p. 141 s. ; P. Serlooten, *Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l'encadrement de la liberté*, Dr. fisc. 2007, n° 12, Ét. 301, p. 5. S'agissant de la charge de la preuve, il revient au contribuable de prouver l'existence et le quantum de la charge dont la déduction est contestée et à l'administration fiscale de rapporter la preuve de l'absence de déductibilité de celle-ci : CE 21 mai 2007, *Société Sylvain Joyeux* (RJF 8-9/07, n° 953).

1. En ce sens, CE 7 juill. 1958, Dr. fisc. 1958, n° 44, comm. 938 (l'arrêt précise que « le contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profits que les circonstances lui auraient permis de réaliser »). Cf. B. Plagnet, *La non-immixtion de l'Administration fiscale dans la gestion des entreprises*, BF Lefebvre 11/99, p. 687. Le juge fiscal se reconnaît cependant le droit, dans des circonstances exceptionnelles, de s'ingérer dans les choix de gestion d'une entreprise : CE 17 oct. 1990, *Loiseau*, Dr. fisc. 1991, n° 48, comm. 2281 ; RJF 11/90, n° 1317, chr. J. Turot p. 735 ; CAA Douai 26 mars 2003, *SARL Deudon*, Dr. fisc. 2004, n° 5, comm. 187 ; et CE 30 mai 2007, *SA Peronnet, a contrario*, RJF 10/07, n° 1012 ; Dr. fisc. 2007, n° 46, comm. 958 (risque manifestement excessif).

2. Concl. Poussière sous CE 5 janv. 1965, Dr. fisc. 1970, n° 3 bis, p. 23.

3. À noter l'autre arme préférée de l'administration fiscale, l'abus de droit (art. L. 64 Livre des procédures fiscales) qui sanctionne deux types d'actes : d'une part, ceux qui présentent un caractère fictif ; d'autre part, ceux qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou des décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles. À la différence de l'acte anormal, inspiré par un intérêt étranger à celui de la société, l'abus de droit est bien inspiré par cet intérêt, avec la particularité qu'il s'agit d'un intérêt purement fiscal (sur la distinction entre acte anormal de gestion et abus de droit, notamment CE 30 juill. 2003, *Sté Azur industrie* : RJF 11/03, n° 1273). La sanction est très lourde : une amende modulable qui peut égaler 80 % des droits éludés. Sur cette question, *Rapport du Comité consultatif pour la répression des abus de droit*, *Rapport annuel* 2008, Dr. fisc. 2009, n° 28, Ét. 404, p. 11 ; *Abus de droit : la Cour de cassation en use et... en abuse ?*, FR Lefebvre 33-07, p. 11 ; B. Hatoux, *L'insécurité juridique érigée en principe ?*, RJF 8-9/07, Ét. p. 710 ; *Entretiens du Palais-Royal, L'abus de droit en matière fiscale*, Dr. fisc. 2007, n° 47, p. 6 s. ; P. Fernoux, *Substances, effets multiples et montages purement artificiel : une approche commune de la fraude à la loi ?*, Dr. fisc. 2008, n° 23, Étude 358, p. 8. Le dispositif de l'art. L. 64 n'apporte pas de restriction à la liberté d'établissement posée par le droit communautaire (CE 18 mai 2005, *Sté Sagal*, RJF 8-9/05, n° 910 ; Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 723).

l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil permettant de prononcer la nullité des actes ou délibérations pour violation d'une « disposition impérative du présent titre » ¹.

53 Intérêts pratiques liés à l'objet social ◇ C'est la considération de l'objet social qui détermine la nécessité d'une modification statutaire en cas de changement d'activité ². L'étendue des pouvoirs des dirigeants de la société est délimitée à partir de l'objet social ³. La société peut être soumise à tel ou tel régime particulier en raison de son objet.

C'est ainsi que les SICOMI (sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie) devaient avoir pour objet exclusif la location d'immeubles à usage professionnel (art. 5 ord. 67-837 du 28 septembre 1967) ; les sociétés mixtes d'intérêt agricole ne peuvent avoir pour objet que la transformation ou la commercialisation des produits agricoles (art. L. 541-1 C. rur.).

S'agissant d'une société dont l'objet était d'exercer des actes relevant de la profession d'opticien-lunetier, la cour d'appel de Paris a ordonné sa radiation du registre du commerce et des sociétés, ce qui revenait à prononcer sa dissolution, au motif que les dirigeants sociaux ne possédaient pas les titres exigés pour exercer cette profession ⁴.

La réalisation ou l'extinction de l'objet social entraîne la dissolution de la société (art. 1844-7-2° C. civ.) ⁵.

1. D. Schmidt, *De l'intérêt commun des associés*, JCP E 1994, I, 404. Rapp. Q. Urban, *La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés*, RTD com. 2000, p. 1. Pour la reconnaissance d'une atteinte à l'intérêt commun, Com. 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 241, n° 42, P. Le Cannu ; JCP E 2005, 131, n° 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker (société prospère vidée de ses actifs au profit d'une commandite par actions contrôlée par les majoritaires). Sur l'absence d'atteinte à l'intérêt commun d'une opération-accordéon, Com. 18 juin 2002 (aff. *L'amy*), JCP E 2002, p. 1728, n° 1556, A. Viandier ; RTD com. 2002, p. 496, J. P. Chazal et Y. Reinhard ; cf. égal. S. Sylvestre, *Bull. Joly* 2002, p. 1221, n° 259 ; D. Cohen, D. 2003, p. 410.

2. Com. 18 déc. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 192, n° 60 (changement du mode d'exploitation de la société sans modification de l'objet social) ; Com. 8 nov. 2005, *BRDA* n° 2 – 2006, p. 5.

3. L'objet social joue un rôle essentiel dans les rapports internes (Com. 25 janv. 2005, *Dr. sociétés* 2005, n° 71, J. Monnet ; garantie d'une dette d'un associé n'entrant pas dans l'objet de la SNC), mais beaucoup moindre dans les rapports avec les tiers puisque SA et SARL sont engagées même par les actes qui excèdent l'objet social (cf. par ex. Com. 1^{er} oct. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 22, n° 5, P. Le Cannu ; *infra*, n°s 196, 425). Le dépassement de l'objet social n'entraîne pas la nullité de la société (Paris, 5 juill. 1988, JCP E 1988, II, 15292, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain). Y. Chaput, *L'influence de l'objet social sur les pouvoirs des représentants des sociétés autres que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée*, JCP N 1987, I, p. 304 ; Nguyen Xuan Chanh, *Le sort des actes irrégulièrement accomplis au nom d'une société commerciale*, D. 1978, Chron. 69. Cf. Grenoble, 31 mai 1983 (aff. *Dauphiné libéré*) RJ com. 1983, p. 379, J. Mestre ; JCP 1984, II, 20177, Y. Reinhard ; T. com. Paris, 28 juin 1982 (aff. *Drouot-Bouygues*) *Rev. sociétés* 1983, p. 596, J. Béguin ; Com. 12 janv. 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 263, Y. Chaput ; JCP E 1988, II, 15240, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain. V. sur l'annulation d'une cession d'actions pour fraude à l'objet social, Com. 25 avr. 2006, *Rev. sociétés* 2006, 793, A. Viandier.

4. Paris 9 nov. 1989, RTD com. 1990, p. 35, n° 1 et p. 41, n° 6, Cl. Champaud.

5. Com. 7 oct. 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 90, Y. Chaput (la cession du portefeuille d'une holding n'entraîne pas l'extinction de son objet) ; Paris 23 janv. 2006, *Dr. sociétés* 2006, 71, H. Lécuyer ; *Bull. Joly* 2006, p. 647, n° 134, A. Lecourt.

53-1 Fiscalité du changement d'objet social ◇ Le changement d'objet social ou d'activité réelle d'une société n'entraîne pas les mêmes conséquences fiscales selon les impôts qui sont en cause ¹.

En ce qui concerne les *droits d'enregistrement*, il résulte de la jurisprudence de la Chambre commerciale ², reprise par l'administration fiscale ³, qu'un tel changement n'entraîne pas cessation de l'entreprise. En conséquence, seul est dû le droit fixe des actes innommés de 125 € (art. 680 CGI).

En revanche, pour ce qui a trait à l'*impôt sur les bénéfices*, si le changement d'activité est profond il entraîne cessation de l'entreprise ⁴, ce qui déclenche la cohorte d'impositions y afférentes ⁵ (résultats d'exploitation de l'exercice en cours, bénéfices en sursis d'imposition, plus-values latentes...), ainsi que la perte du droit d'imputer les déficits antérieurs sur les résultats générés par l'activité nouvelle ⁶.

Toutefois, il existe certaines possibilités d'atténuation ⁷.

Le caractère profond du changement d'activité peut résulter, soit d'une modification des opérations réalisées (par exemple, passage d'une activité de commercialisation à celle de prestation de services), soit d'un changement des biens produits ou des services rendus ⁸.

54 Caractéristiques de l'objet social ◇ L'objet social doit être *déterminé*. Il ne doit pas être trop vague, se contentant d'indiquer que la société peut accomplir « *toutes opérations commerciales, industrielles ou financières* » ⁹ ; mais il ne doit pas être pour autant trop rigide. Généralement, les statuts donnent une énumération assez longue des opérations que la société peut

1. *Le changement d'activité des sociétés*, BF Lefebvre 4/04, dossier PME, p. 229.

2. Com. 7 mars 1984, *Le Joncour*, n° 246, *Dr. fisc.* 1984, n° 23-24, comm. 1182 ; *RJF* 6/84, n° 804 ; *Rev. sociétés* 1984, p. 804, M. Jeantin ; égal. Com. 16 oct. 1984, *SA SEDIF*, *Bull. civ.* IV, n° 263, p. 216.

3. Com. adm. du 7 avr. 1987, 7 H-1-87.

4. Art. 221-5 CGI, en ce qui concerne l'impôt sur les sociétés, et 202 ter I, alinéa 1^{er}, en ce qui concerne les bénéfices industriels et commerciaux (BIC).

5. *V. infra* n° 127.

6. J.-C. Parot, *Report déficitaire et principe d'identité d'entreprise : les conditions du changement d'activité réelle*, *Dr. fisc.* 2001, n° 48, p. 1576.

7. Art. 221 bis CGI, en ce qui concerne l'impôt sur les sociétés, et 202 ter I, alinéa 2, en ce qui concerne les BIC.

8. Ex. CE 8 juin 1990, *Inno France*, *Dr. fisc.* 1991, n° 5, comm. 138 (changement d'activité concernant une société exerçant une activité productive et commerciale qui se transforme en holding par filialisation) ; égal. CAA Lyon 19 juin 2008, *SA Sud-Est-Entreprise*, *RJF* 1/09, n° 12 (un holding qui absorbe sa filiale, cède ses participations puis exerce une activité industrielle, change d'activité réelle) ; CE 10 juill. 2007, *SARL Final*, *RJF* 11/07, n° 1219 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 4, comm. 82 (changement d'activité dans le cas d'un holding changeant d'activité, malgré le maintien de l'activité ancienne, compte tenu de la place prépondérante prise par l'activité nouvelle et de la très forte réduction de l'activité ancienne) ; CE 25 févr. 2008, *Gatineau*, *RJF* 5/08, n° 543 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 21, comm. 333 (l'interruption de plusieurs années n'entraîne pas de cessation d'activité, faute de présenter un caractère définitif). CAA Douai 11 juin 2008, *Sté Linex Cloisons*, *RJF* 12/08, n° 1305 (pas de changement d'activité pour une société en liquidation judiciaire qui loue l'immeuble utilisé antérieurement pour son activité sociale aux seules fins d'apurer son passif) ; CAA Lyon 31 juill. 2008, *SARL Swedish Match France*, *RJF* 1/09, n° 13 (pas de changement en cas de mise en location-gérance de l'activité accompagnée de son recentrage).

9. *Cf. Bull. COB* janv. 1980, n° 122, p. 7.

accomplir en ajoutant qu'elle pourra réaliser ou participer à toutes opérations financières, industrielles ou commerciales se rattachant directement ou indirectement aux activités spécifiées (« clause parapluie ») ¹. Le principe de *spécialité de l'objet* est ainsi respecté ².

L'objet de la société doit être *licite* (art. 1833 C. civ.). Serait illicite toute activité contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (art. 6 C. civ.) ³. Depuis la jurisprudence *Marleasing* de la Cour européenne de justice ⁴, la licéité de l'objet doit s'apprécier à partir de l'activité indiquée dans les statuts et non pas à partir de l'activité réellement exercée ⁵. La société illicite est frappée d'une nullité absolue qui peut être invoquée par tout intéressé et qui ne peut être couverte ni par prescription, ni par confirmation ⁶. L'illicéité de l'objet social ne rend pas irrecevable la demande visant à l'apurement des comptes entre les associés de la société dissoute ⁷.

Une activité, tout en étant licite, peut-être interdite sous telle ou telle forme de société : l'assurance, pour des motifs de sécurité financière, ne peut pas être exercée sous forme de société en nom collectif (art. L. 310-2 C. assur.).

§ 4. La cause

55 Cause effective et licite ◇ La cause du contrat de société est la raison pour laquelle deux ou plusieurs personnes s'associent. Elle est souvent confondue avec l'objet dans la mesure où la raison d'être de la société est

1. Cette précaution permet d'éviter la dissolution de la société qui pourrait être prononcée si l'objet social devenait impossible par suite d'un événement survenant au cours de la vie de la société (cf. par ex. T. com. Seine, 22 juin 1959, *Journ. soc.* 1959, 193, H. Lecompte, au sujet des problèmes posés à la *Compagnie Universelle du Canal maritime de Suez*, par la nationalisation du canal intervenue en 1956 ; v. l'art. 2 des statuts de la société, in *Rev. sociétés* 2000, p. 40). Cf. Paris, 21 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 61, n° 11 ; Com. 7 avr. 1998, *Dr. sociétés* 1998, n° 97, H. Hovasse ; *Bull. Joly* 1998, p. 1068, n° 327, J.-J. Daigre (opérations spéculatives conformes à l'objet social).

2. Rapp. D. Randoux, *La spécialisation des sociétés*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 471 ; Paris, 25 oct. 1994, *D.* 1995, IR 8 (principe de spécialité appliqué à un syndicat).

3. Rapp. TGI Créteil, 22 janv. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, 753, G. Soussi (objet illicite d'une association de défense pour le brûlage des huiles usagées) ; Com. 2 mai 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 655, n° 183, P. Le Cannu.

4. CJCE 13 nov. 1990, *Rev. sociétés* 1991, 532, Y. Chaput ; P. Level, *JCP E* 1991, II, 156. V. *infra*, n° 68.

5. V. sur la jurisprudence antérieure, Lyon, 13 juin 1960, *JCP* 1961, II, 12103, M. Boitard (recherche d'une entente). Une activité commerciale peut être exercée même si elle n'est pas comprise dans l'objet social, le non-respect des formalités prescrites pour les mentions au registre du commerce et des sociétés n'ayant aucune incidence sur son caractère licite ou illicite (Com. 18 juill. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 803, n° 289 ; *RTD com.* 1990, p. 36, n° 3, Cl. Champaud ; *JCP E* 1990, II, 15677, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1990, 598, Y. Chaput).

6. Paris, 5 juill. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 674, n° 222. L'exercice d'une activité illicite peut également être constitutif d'une infraction pénale. Cf. par ex. Crim. 14 mai 1968, *Gaz. Pal.* 1968, II, 184, décidant que constitue le délit de proxénétisme (art. 335 C. pén.) le fait de détenir des parts dans une société exploitant un hôtel fréquenté par des prostituées.

7. Com. 11 juill. 2006, *JCP E* 2006, 1049, n° 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker et 2595, Y. M. Sérénat, refusant de faire jouer la règle *Nemo auditur....* contrairement à la cour d'appel.

précisément la réalisation de son objet ¹. Juridiquement, les deux notions sont cependant distinctes. En application de l'article 1131 du Code civil, le contrat doit avoir une cause effective et une cause licite. Le défaut de cause est exceptionnel ². Il peut arriver que l'objet social soit licite et que la société soit néanmoins annulée pour cause illicite ³.

Doivent être annulés pour cause illicite, les contrats de société conclus dans une perspective de fraude, qu'il s'agisse pour un débiteur de faire échec au gage général de ses créanciers (art. 2092 C. civ.), ou au droit d'un tiers ⁴. La société peut être également annulée lorsqu'elle a été constituée pour faire échec à des dispositions légales impératives ⁵.

SECTION 2. LES CONDITIONS DE FORME

56 Formalisme ◇ Avant que la société accède à la vie juridique grâce à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés qui lui confère la personnalité morale (art. L. 210-6 al. 1 ; 1842 al. 1^{er} C. civ.), toute une série d'opérations doit être accomplie. Ce formalisme, exceptionnel en droit commercial, est cependant justifié ⁶. D'une part, il faut permettre aux associés, « pères fondateurs » et futurs associés, de connaître leurs droits et obligations, c'est pourquoi le pacte social (les statuts) doit être rédigé par

1. Y. Chaput, *De la cause et/ou de l'objet de la société*, in *Mélanges J. Stoufflet*, LGDJ 2001, p. 25.

2. V. cependant Civ. 2^e, 27 oct. 1971, *Bull. civ.* II, n° 289, p. 211.

3. Com. 19 janv. 1970, D. 1970, p. 479, G. Poulain ; *RTD com.* 1970, p. 736, n° 15, R. Houin (constitution d'une SARL pour s'affranchir des formalités de constitution de la SA jugées trop contraignantes).

4. Civ. 1^{re}, 14 févr. 1966, D. 1966, p. 474 (droits du conjoint dans la communauté) ; Civ. 1^{re}, 20 oct. 1971, *Bull. civ.* I, n° 270, p. 228 (droits des héritiers réservataires) ; Com. 28 janv. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 419, n° 133, P. Le Cannu ; *JCP E* 1992, I, 145, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Dr. sociétés* avr. 1992, n° 75, Th. Bonneau ; D. 1993, p. 23, J. Pagès ; *JCP* 1993, II, 21994, A. Tisserand et sur renvoi Dijon (sol.) 23 mars 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 917, n° 268, J. Vallansan (tous les associés doivent avoir concouru à la fraude pour que la société soit nulle) ; Aix, 12 févr. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1115, n° 327 (fraude des droits des créanciers du groupe). Cf. égal. P. Diener, *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL*, *JCP E* 1992, I, 153.

5. Com. 19 janv. 1970 préc. ; Paris, 1^{er} déc. 1951, *JCP* 1952, II, 6661 (législation sur l'exercice de la pharmacie).

6. Ce formalisme ne se rencontre pas pour les sociétés qui ne jouissent pas de la personnalité morale, sociétés en participation et sociétés créées de fait (*infra*, n° 596 s.). Par ailleurs, il est pleinement reconnu par le juge fiscal. En ce sens, CE 28 févr. 1997, *Pinaton*, *RJF* 4/97, n° 313 ; sur renvoi, CAA Nancy 14 mars 2002, *Pinaton*, *RJF* 7/02, n° 767 (en cas de constitution d'une SA par apport d'un fonds de commerce d'une entreprise individuelle, les stipulations relatives à la rétroactivité de cette constitution ne peuvent produire d'effet avant le jour d'ouverture de l'exercice au cours duquel la société a été immatriculée au RCS, même si la signature des statuts est antérieure à cette date). Égal. CE 16 juin 2003, *Gardet*, *Dr. fisc.* 2003, n° 51, comm. 911 (en cas de constitution d'une SA par apport de titres, la cession doit être regardée comme intervenue à la date à laquelle la société a légalement été immatriculée au RCS) ; TA Montpellier, *Campo*, *RJF* 11/07, n° 1224 (l'option pour le régime de l'intégration fiscale, *infra* n° 666-3, ne peut être exercée par une société non immatriculée). Cependant, sur le droit d'opposition de l'administration fiscale fondé sur l'apparence, *infra* n° 59.

écrit (art. 1835 C. civ.). D'autre part, les tiers (banquiers, clients, fournisseurs) doivent pouvoir se renseigner facilement sur la société, c'est le but des formalités de publicité.

Il était de bon ton de dénoncer la lourdeur des formalités constitutives de sociétés en France. Il faut cependant souligner que des progrès considérables ont été accomplis grâce aux **centres de formalités des entreprises** (ou « guichets uniques »). Le greffier dispose, depuis un décret du 2 juillet 1998, d'un délai de 24 heures pour inscrire une société ! (*infra*, n^{os} 64 et 66).

Depuis la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, toutes les déclarations relatives aux créations des entreprises, à la modification de leur situation ou à la cessation de leur activité peuvent être transmises par **voie électronique** et un arrêté du 23 avril 2007 rend désormais possible la création d'entreprise par *Internet*¹.

Il convient d'exposer chronologiquement les différentes étapes de la constitution, communes à toutes les sociétés commerciales.

§ 1. Jusqu'à la signature des statuts

57 Pourparlers et promesse de société ◇ Un contrat de société ne se forme pas en un trait de temps. Il suppose des *pourparlers* préliminaires entre les fondateurs, qui vont s'efforcer de trouver d'autres associés pour agrandir le « tour de table » ; s'enquérir des aides publiques qu'ils pourront obtenir, de l'intérêt et du soutien portés à leur entreprise par une ou plusieurs banques. Les futurs associés devront également envisager le type de société qu'ils veulent constituer, le montant du capital social², le lieu d'implantation, qui pourra être choisi en fonction de primes ou d'allégements fiscaux³, la répartition de leurs fonctions... Les pourparlers, le simple projet de société ne créent pas d'obligation déterminée à la charge des parties⁴. Mais peu à peu

1. BRDA n° 10-2007, p. 14.

2. La constitution d'une société avec un capital social dérisoire par rapport aux besoins de l'exploitation, témoigne d'une légèreté certaine qui engendre la responsabilité du gérant pour faute de gestion, Com. 23 nov. 1999, *RJDA* 2000, p. 361, n° 457 ; Rouen, 20 oct. 1983, *D.* 1985, p. 161, J.-J. Daigre. Rapp. sur une condamnation au comblement du passif pour une erreur d'appréciation dans les besoins d'investissement, Com. 25 nov. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 491, n° 97, P. Gourdon. Cette jurisprudence pourrait se développer avec le nouvel article L. 223-2 qui n'impose plus un montant minimum de capital social dans les SARL et dans les SAS (*infra*, n° 178 et n° 595-5).

3. M. Germain et M.A. Hermitte, *Capital social et droit communautaire des aides étatiques*, *JCP E* 1989, II, 15503. Cf. par ex. CJCE 3 oct. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 291, S. Danat-Demaret (compatibilité des aides d'État avec le Marché commun).

4. Versailles, 5 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 636, n° 209, J. Schmidt ; Comp. Versailles, 21 sept. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 145, n° 3, J. Mestre (condamnation à 4 millions de F de dommages-intérêts pour rupture déloyale) ; Com. 4 déc. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 53, Th. Bonneau (rupture abusive, distinction entre pourparlers et société créée de fait).

les choses se précisant, les volontés s'affirmant, on passe du projet à la promesse, qui peut être unilatérale ou synallagmatique ¹.

La promesse peut être tacite, mais elle se matérialise assez souvent dans un *protocole d'accord* ². Sa violation entraînerait des dommages-intérêts à la charge du promettant qui refuserait de passer à la constitution définitive (art. 1142 C. civ.) :

« ... que N. reproche à l'arrêt attaqué ³ d'avoir jugé qu'il avait rompu abusivement une « promesse de société » et de l'avoir condamné à des dommages-intérêts... mais attendu que la cour d'appel constate que l'engagement que N. avait pris à l'égard de C. dépassait le stade de « simples pourparlers », qu'il ressort d'un compte rendu de réunion, à laquelle les deux parties avaient participé, qu'un accord était intervenu sur l'objet de la future société, sur l'importance et la nature des apports respectifs de chaque associé et sur la forme de la nouvelle société et que la rémunération de C., qui devait exercer les fonctions de directeur commercial, était également prévue ; qu'elle a pu dès lors se déterminer ainsi qu'elle l'a fait... » ⁴.

58 Rédaction des statuts ◇ Le contrat de société doit être établi par écrit (art. 1835 C. civ.). À défaut il n'y aurait qu'une société créée de fait qui ne serait pas dotée de la personnalité morale (*infra*, n° 614). Les statuts doivent contenir les mentions suivantes (art. L. 210-2) :

- la forme de la société, indispensable pour connaître son fonctionnement ainsi que les droits et obligations des associés ;
- sa durée qui ne peut pas excéder quatre-vingt-dix-neuf ans ; mais la société peut toujours être prorogée (*infra*, n° 105) ;
- son appellation (*infra*, n° 81) ;
- son siège social (*infra*, n° 82) ;
- son objet, qui indique l'activité de la société (*supra*, n° 52) ;

1. Sur la difficulté en pratique de tracer une frontière nette entre simple projet et promesse de société, cf. note Y. Guyon sous Civ. 1^{re}, 16 févr. 1977, *Rev. sociétés* 1977, 681 ; Civ. 1^{re}, 3 juin 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 74, F. G. Trébulle ; Com. 20 févr. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 985, n° 275, P. Mousseron.

2. Cf. par ex. Versailles, 12 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 699, n° 253, P. Le Cannu (liquidation de la société non immatriculée).

3. Paris, 25 janv. 1985, *JCP E* 1987, II, 16342, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain ; D. 1987, somm. 29, J. Cl. Bousquet.

4. Com. 28 avr. 1987, *Rev. sociétés* 1988, p. 59, Fr. Bénac-Schmidt ; *RTD com.* 1988, p. 62, n° 1, Cl. Champaud et P. Le Floch ; Com. 11 juill. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1167, n° 288, B. Saintourens ; Paris, 15 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 305, n° 103, P. Le Cannu ; Paris, 13 nov. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 270, n° 47, S. Ascensio (perte de chance de devenir dirigeant) ; Versailles, 16 nov. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 403, n° 100, B. Saintourens. Rappr. sur les conséquences de la rupture de pourparlers lors de la reprise d'une société non cotée, Com. 26 nov. 2003 (aff. *Manoukian*) *JCP E* 2004, 738, Ph. Stoffel-Munck ; *Bull. Joly* 2004, p. 849, n° 169, J. J. Daigre (« ... les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ») ; Civ. 3^e, 7 janv. 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 477, n° 93, X. Lagarde ; Paris, 8 sept. 2006, *RTD com.* 2007, p. 377, Cl. Champaud et D. Danet (interruption de pourparlers non fautive).

- le montant du capital social, qui donne une première indication sur les moyens dont dispose la société ;
- les modalités de fonctionnement de la société.

Si les statuts ne contiennent pas toutes les mentions exigées par la loi, une action en régularisation est ouverte à tout intéressé (art. L. 210-7 al. 2 ; *infra*, n° 71).

Les statuts peuvent être rédigés *sous seing privé ou par acte notarié*. L'intervention d'un notaire est obligatoire dès lors qu'il y a apport d'un bien soumis à publicité à la conservation des hypothèques. Elle est recommandée lorsque deux époux ou des successibles participent à la constitution de la société (art. 1832-1 al. 2 C. civ. ; *supra*, n° 48 ; art. 854 C. civ.). Pour les rédacteurs du pacte social, la question peut se poser de savoir s'ils établissent des statuts développés exposant en détail le fonctionnement de la société ou s'ils se bornent à un texte simplifié contenant les seules mentions indispensables, et renvoyant pour le surplus aux dispositions législatives et réglementaires. Les praticiens recommandent généralement la formule de *statuts simplifiés*, ce qui évite notamment d'avoir à les modifier à chaque changement législatif ou réglementaire... ¹.

De nombreux acteurs de la vie économique réclament avec insistance qu'une plus grande liberté soit accordée dans la rédaction des statuts ².

En dehors des statuts, des actes de nature variée peuvent être passés : « protocoles », « pactes » divers... Ils n'obligent que ceux qui les ont signés (art. 1165 C. civ.) ³ et ne doivent pas porter atteinte aux règles impératives du droit des sociétés ⁴. Les **pactes d'actionnaires** ⁵ jouent en pratique un rôle très important.

1. L'existence de statuts-types et les machines à traitement de texte permettent une mise au point très rapide du pacte social pour la plupart des sociétés, sauf la SAS, *infra*, n° 595-1 s. Les pouvoirs publics proposent même des statuts-types, cf. pour les EURL dont la gérance est assumée par l'associé unique, art. L. 223-1, al. 2 et D. 223-2).

2. Cf. Rapport V. Hollard, *préc. supra*, n° 17, *La contractualisation du droit des sociétés* (CCIP 1989). Rapp. Y. Chaput, *La liberté et les statuts*, *Rev. sociétés* 1989, p. 361, *supra*, n° 18 ; rapport Marini, *infra*, n° 248. V. sur les possibilités offertes par la SAS, *infra*, n°s 595-1 et s.

3. Civ. 1^{re}, 15 nov. 1994, *RJDA* 1995, p. 211, n° 243 ; *Rev. sociétés* 1995, n° 22, Th. Bonneau ; *JCP E* 1995, I, 447, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain (consentement tacite des nouveaux associés d'une SCM) ; Paris 10 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 482, n° 100, J.-J. Daigre (interprétation en faveur des minoritaires).

4. J.-P. Storck, *La validité des conventions extra-statutaires*, *D.* 1989, Chron. 267 ; D. Martin et L. Faugérolas, *Les pactes d'actionnaires*, *JCP G* 1989, I, 3412 ; éd. E 1989, II, 15526 ; G. Parléani, *Les pactes d'actionnaires*, *Rev. sociétés* 1991, p. 1 ; D. Ferrier et alii, *Les pactes extra-statutaires*, colloque DJCE Montpellier, 28 sept. 1991, *JCP Cahiers de droit de l'entreprise* 1/1992 ; J.-J. Daigre, *Pacte d'actionnaires et capital-risque, Typologie et appréciation*, *Bull. Joly* 1993, p. 157 ; H. Dubout, *Les clauses de durée dans les pactes extrastatutaires entre actionnaires*, *Bull. Joly* 1997, p. 5, n° 1 ; *Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Pactes d'actionnaires et engagements Dutreil*, 2008 (452 p.). Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1993, p. 214 ; H. Le Nabasque, P. Dunaud, P. Elsen, *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires*, *Dr. sociétés Actes pratiques* 5-1992. V. sur les conventions de vote, *infra*, n° 314. Sur la prééminence des statuts sur les engagements extra-statutaires, Civ. 1^{re}, 13 juin 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 75 (société coopérative).

5. V. les ouvrages de Y. Guyon, *préc.*, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ 5^e éd., 2002 ; F. Monod, *Les pactes d'actionnaires*, *Capital Finance*, 1993 ; D. Velardocchio-Florès, *Les accords extrastatutaires entre associés*, PU Aix 1993, *préf. J. Mestre* ; G. Bouillet-

Un règlement intérieur peut être également établi afin de régler le fonctionnement interne de la société ¹. C'est un document « infra-statutaire » ², mais parfois il peut faire partie du pacte social lui-même ³.

59 Signature des statuts ◇ L'engagement des associés de créer la société se manifeste par la signature des statuts. Les associés signent généralement eux-mêmes le pacte social, mais ils peuvent aussi désigner un mandataire muni d'un pouvoir spécial (art. L. 223-6 et L. 225-15).

Cordonnier, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires* EFE-Litec 1992 ; J.-J. Daigre et M. Sentillez-Dupont, *Pactes d'actionnaires*, GLN Joly 1995 ; S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs aux transferts de valeurs mobilières*, Litec, 1992, préf. A. Viandier. Adde F. D. Poitral, *Les pactes d'actionnaires in Mélanges P. Bézard*, 2002, p. 127. **Sur les difficultés d'exécution des pactes**, A. Couret et Th. Jacomet, *Les pièges des pactes d'actionnaires*, RJDA 2008, p. 951 ; A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Thèse Paris I, 2002 ; P. Larrieu, *L'interprétation des pactes extra-statutaires*, Rev. Sociétés 2007, p. 697 ; **sur la durée d'un pacte**, Com. 6 nov. 2007, D. 2008, p. 1024, B. Dondero ; Bull. Joly 2008, p. 125, n° 31, X. Vamparys ; Dr. Sociétés 2008, 10, H. Hovasse ; JCP E 2008, 1280, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker et 1829, A. Constantin ; Rev. sociétés 2008, p. 89, J. Moury ; V. J. Moury, *Remarques sur la qualification, quant à leur durée, des pactes d'associés*, D. 2007, p. 2045 ; Com. 1^{er} juill. 2003, RJDA 2004, p. 526, n° 574 (nullité pour dol) ; Com. 7 janv. 2004, Bull. Joly 2004, p. 544, P. Le Cannu (collusion frauduleuse) ; Com. 3 nov. 2004, Bull. Joly 2005, p. 760, n° 164 ; JCP E 2004, n° 486, p. 530, A. Viandier ; Dr. sociétés 2005, n° 41, F. G. Trébulle (dénaturation, résolution). **Sur les clauses de sortie**, Ph. Puech et X. Vamparys, *Les clauses de sortie en bourse dans les pactes d'actionnaires*, Bull. Joly 2008, p. 262, n° 59 ; Paris 6 juill. 2004, RTD com. 2004, p. 744, Cl. Champaud et D. Danet ; Versailles 14 oct. 2004, BRDA n° 7-2005, p. 3 (exécution forcée) ; Com. 20 févr. 2007, Bull. Joly 2007, p. 719, n° 195, Ph. Briand ; JCP E 2007, 1661, F. Descorps-Declère ; D. 2007, p. 807, X. Delpéch (portée d'un engagement de soutien de trésorerie) ; CE 20 oct. 2004, Rev. sociétés 2005, p. 158, P. Le Cannu ; Bull. Joly 2005, p. 248, n° 43, H. Le Nabasque (pacte scellant un contrôle conjoint, art. L. 233-3). **V. sur la sanction d'une incitation à violer un pacte**, Versailles, 29 juin 2000, JCP E 2000, p. 1359. X. Vamparys, *Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires*, Bull. Joly 2005, p. 821, n° 188. **Sur l'opposabilité du pacte par les tiers**, Com. 18 déc. 2007, Bull. Joly 2008, p. 493, n° 107, S. Messaï-Bahri. **Sur la répartition de compétence entre le tribunal de commerce et le conseil des prud'hommes**, Soc. 18 oct. 2007, Bull. Joly 2008, p. 119, n° 29, Cl. Neau-Leduc ; Soc. 9 juill. 2008, BRDA n° 17-2008, p. 2

1. Sur le recours obligatoire au règlement intérieur pour organiser les réunions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance par des moyens de visioconférence, cf. art. L. 225-37 al. 3 et L. 225-82 al. 3. Toutes les sociétés du CAC 40 sont dotées d'un règlement intérieur contre 91 % des sociétés du SBF 120 (*Rapport AFEP, Principes du gouvernement d'entreprise énoncés par le rapport AFEP-MEDEF d'octobre 2003 sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, sept. 2007, p. 12).

2. P. Le Cannu, *Le règlement intérieur des sociétés*, Bull. Joly 1986, p. 723 ; Th. Bonneau, *Le règlement intérieur de la société*, Dr. sociétés févr. 1994, p. 1 ; D. Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, préc. ; Com. 2 juin 1987, Rev. sociétés 1988, p. 223, J. Mestre ; RTD com. 1988, p. 72, n° 3, Y. Reinhard ; Civ. 2^e, 5 juin 1996, Dr. sociétés 1996, n° 161, Th. Bonneau (la nullité du règlement intérieur n'entraîne pas celle de la société) Com. 29 janv. 2008, Rev. sociétés 2008, p. 363, J. P. Mattout. Rapp. sur la valeur d'un « préambule », Rennes, 26 sept. 1984, Rev. sociétés 1986, 627, Y. Guyon ; Versailles, 8 juill. 1993, Bull. Joly 1993, p. 1024, n° 298, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1994, p. 112, Y. Guyon. Adde M. Cozian et A. Viandier, n° 279.

3. Com. 20 oct. 1998, Bull. Joly 1999, p. 381, n° 78, P. Le Cannu. **Sur le caractère contractuel du règlement intérieur**, Civ. 1^{re}, 22 oct. 2008, Bull. Joly 2009, p. 360, n° 70, P. Le Cannu.

Au cas exceptionnel où une société par actions se constituerait en faisant publiquement appel à l'épargne, les actionnaires ne signeraient pas les statuts mais un bulletin de souscription faisant référence au projet de statuts (*infra*, n° 265).

La société, en tant que contrat, est conclue *au jour de la signature des statuts* ¹ ; et jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés seront régis par le contrat de société et par les principes généraux applicables aux contrats et obligations (art. 1842 al. 2 C. civ. ; *infra*, n° 76). Mais la société n'acquerra la personnalité juridique qu'à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Elle reste donc jusque-là une personne morale en formation, et les actes passés pendant cette période (location de bureaux, achat de matériel, premières embauches...) devront être repris par la société une fois qu'elle sera immatriculée pour qu'elle soit engagée (*infra*, n° 77 s.) ².

Les associés peuvent décider de constituer la société sous condition (obtention d'une autorisation administrative, conclusion d'un marché...). La condition peut être suspensive ou résolutoire.

§ 2. Postérieurement à la signature des statuts

Une fois les statuts signés, il convient de procéder aux formalités suivantes : enregistrement de l'acte de société, insertion dans un journal d'annonces légales ; dépôt au greffe des actes constitutifs ; immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) ; insertion au BODACC ; et diverses déclarations administratives.

60 Enregistrement de l'acte de société ◇ La formalité est fiscale. Les statuts sont enregistrés à titre provisoire gratuitement. L'enregistrement doit intervenir dans le délai d'un mois à compter de la date de l'acte. Quant aux droits d'apport éventuellement exigibles (*supra*, n° 34-1), ils devront être versés dans un délai de trois mois (art. 1717 bis CGI).

61 Insertion dans un journal d'annonces légales ◇ Un avis de constitution de la société doit être inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social. Cet avis contient les principales énonciations des statuts pouvant intéresser les tiers (appella-

1. R.M. JO déb. Sénat 23 avr. 1982, p. 1335 ; D. Bastian, *La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce*, in *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 23, spéc. n°s 27 s.

2. Pour le *juge fiscal*, la signature des statuts constitue également un événement important, qui permet à l'administration fiscale d'opposer le caractère apparent de la société à ses fondateurs : CE 28 févr. 1997, *Pinaton*, RJF 4/97, n° 313 ; sur renvoi, CAA Nancy 14 mars 2002, *Pinaton*, RJF 7/02, n° 767 (à compter de cette date et de l'apport du fonds de commerce, le fisc est en droit d'opposer à l'apporteur le caractère apparent de la société créée par lui) ; sur la date d'effet d'une clause de rétroactivité et le rôle de l'immatriculation en la matière, *supra* n° 56.

tion, forme, montant du capital, siège, objet, nom des dirigeants et commissaires aux comptes..., cf. art. R. 210-3 et 210-4).

62 Dépôt du dossier d'immatriculation ¹ ◇ Après accomplissement des différentes formalités (enregistrement des statuts, publicité dans un journal d'annonces légales, *supra*, n^{os} 60 s.) les fondateurs et premiers dirigeants doivent s'adresser au **centre de formalités des entreprises** (CFE ou « guichet unique » créé par D. 19 juillet 1996, intégré dans le C. com. sous les art. R. 123-1 s. ; cf. pour celui de Paris, le site www.cfe.ccip.fr) ou, depuis un décret du 9 juin 2006 ², au greffe du tribunal de commerce (art. R. 123-5 al. 2), pour que puisse débiter l'opération d'immatriculation. La déclaration peut également être effectuée par voie électronique (cf. art. R. 123-20 s. ; arrêté 23 avril 2007). Aucun délai n'est imposé, mais la société n'a pas de personnalité juridique tant qu'elle n'est pas immatriculée.

Le centre de formalités des entreprises dans le ressort duquel est situé le siège social, ne procède qu'à un contrôle formel des pièces fournies par le déposant. Si le centre estime que le dossier est incomplet, le déclarant dispose de quinze jours pour produire les compléments à apporter. Si le dossier est estimé complet, le CFE transmet le jour même aux organismes

1. M. Cozian, *Des risques encourus à négliger l'immatriculation d'une société*, Petites Affiches 9 janv. 2001, n^o 6, p. 3 (risques juridiques et fiscaux). La loi NRE du 15 mai 2001 a mis fin à la dispense d'immatriculation dont bénéficiaient plus particulièrement les **sociétés civiles** constituées avant le 1^{er} juill. 1978 (dispense prévue à l'origine par la loi du 4 janv. 1978, aujourd'hui abrogée). Ces sociétés avaient jusqu'au 1^{er} nov. 2002 pour s'immatriculer. *Juridiquement*, le défaut de régularisation entraîne donc la perte de la personnalité morale, mais pas en tant que telle la dissolution de la société. « En effet, la personnalité morale n'est pas un élément du contrat de société et sa perte n'a pas pour conséquence la dissolution de plein droit du contrat social. La société continue d'exister, mais sans disposer d'une capacité juridique distincte de celle des associés. Elle est, sous réserve d'en remplir les conditions, susceptible d'être qualifiée soit de société de fait (...), soit de société en participation... » (R.M. JO AN 21 oct. 2002, p. 3759, Bull. Joly 2002, p. 1258, n^o 265 ; en ce sens, Dijon 18 mars 2003, *SCI Murabail*, Dr. sociétés juill. 2002, n^o 123 ; V. égal. R.M. JO Sén. 14 févr. 2002, p. 499 ; Circ. min. just. 26 déc. 2002, JCP E 2003, p. 632 ; R.M. JO AN 3 mars 2003, p. 1644, JCP E 2003, p. 475 ; F.-X. Lucas, *Les conséquences du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes*, Dr. sociétés juill. 2003, p. 7). *Fiscalement*, l'Administration exclut toute prorogation du délai initialement fixé, mais fait preuve de souplesse en neutralisant les effets fiscaux engendrés par le transfert de propriété des actifs de la société aux associés issu de la perte de la personnalité morale et, surtout, retient également que la perte de la personne morale n'entraîne pas la dissolution de plein droit du contrat social, ce qui permet d'éviter l'application du régime fiscal de la cessation d'entreprise dont le coût est prohibitif (R.M. JO AN 2 juin 2003, p. 4271, Dr. fisc. 2003, n^o 26, p. 853 ; Instr. 29 juill. 2003, BOI 4 H-4-03, 10 mai 2004, BOI 10 D-2-04, et 6 juin 2005, BOI 10 D-2-05 ; sur le régime fiscal de la cessation d'entreprise, *infra* n^o 127 ; Fl. Deboissy et G. Wicker, *Conséquences juridiques et fiscales du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes au 1^{er} novembre 2002*, JCP E 2002, p. 1465 ; et *Sociétés civiles non immatriculées au 1^{er} novembre 2002*, Analyse juridique et fiscale de la perte de la personnalité morale et d'une immatriculation subséquente, Dr. fisc. 2004, n^o 9, p. 476). Sur la responsabilité du notaire, ayant manqué à son obligation de conseil, Colmar, 25 avr. 1990, Dr. sociétés juin 1991, n^o 213 (défaut d'immatriculation).

2. Sur ce décret, cf. B. Saintourens, *RTD com.* 2007, p. 321.

destinataires la déclaration et les éventuelles pièces annexées (art. R. 123-9 s.)¹.

63 Contenu de la demande d'immatriculation ◇ La demande, qui peut être présentée par voie électronique (art. R. 123-21), est établie sur une « liasse unique » et contient un certain nombre de mentions concernant la société, ses associés en nom, ses dirigeants et commissaires aux comptes, son établissement et son activité (cf. pour le détail, art. R. 123-53 s.). Doivent être joints à la demande, les **actes** destinés à être déposés au greffe du tribunal (art. R. 123-7 et R. 123-103) :

- deux expéditions des statuts s'ils sont établis par acte notarié ou deux originaux s'ils sont établis par acte sous seing privé ;
- deux copies des actes de nomination des organes de gestion, d'administration, de direction, de surveillance et de contrôle, lorsque ces personnes n'ont pas été désignées dans les statuts.

Doivent être également déposés, en cas d'apports en nature dans les SARL ou les sociétés par actions, deux exemplaires du rapport du commissaire aux apports ; en cas de constitution d'une société par actions, deux exemplaires du certificat du dépositaire des fonds avec, en annexe, la liste des souscripteurs, et s'il a été fait publiquement appel à l'épargne, deux exemplaires du procès-verbal de l'assemblée constitutive.

Doivent être aussi produites à l'appui de la demande d'immatriculation des **pièces justificatives** concernant la constitution de la société, les associés en nom, les dirigeants, les commissaires aux comptes, le siège social et l'activité exercée².

Ces documents seront annexés au dossier ouvert au nom de la société lors de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (art. R. 210-17). Ils permettront de renseigner les tiers qui pourront en obtenir copie ou communication (art. R. 123-150 s.).

En pratique, ces documents sont remis au centre de formalités des entreprises (CFE) qui les fait parvenir au greffe du tribunal de commerce en même temps que la demande d'immatriculation. La liasse unique sera ventilée par le CFE auprès des différents organismes intéressés (contributions directes, TVA, Urssaf, Caisses de retraite, Assedic).

64 Examen de la demande d'immatriculation ◇ Le CFE ayant transmis la demande d'immatriculation au greffier du tribunal de commerce, celui-ci doit s'assurer de sa **régularité** et vérifier que les énonciations fournies sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires et qu'elles corres-

1. En pratique, si le CFE est encombré, la transmission peut cependant durer plusieurs jours. Sur le contenu de la demande d'immatriculation, cf. art. R. 123-53 s. ; sur le détail des pièces justificatives à présenter à l'appui de la demande, cf. arrêté 9 févr. 1988 modifié par arrêté du 2 juill. 1998 (v. *Mémento Lefebvre* n° 1045 s.).

2. Pour le détail de ces pièces, cf. Annexe III de l'arrêté du 9 févr. 1988.

pondent aux pièces justificatives et aux actes déposés (art. R. 123-94 et R. 123-95).

Si le dossier est complet, **le greffier doit procéder à l'inscription dans le délai franc d'un jour ouvrable** après réception de la demande ¹. La France se rapproche ainsi des records américains. Si le dossier est complexe, le délai est porté à cinq jours (*cf.* art. R. 123 - 97). À défaut de régularisation de la demande ou lorsque le greffier estime que la demande n'est pas conforme aux dispositions applicables, il prend une décision de refus susceptible de recours. Si le greffier ne respecte pas les délais qui lui sont impartis, le demandeur peut saisir le juge commis à la surveillance du RCS (art. R. 123-97 *in fine*).

- 65 Effets de la demande** ◇ Depuis la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, le greffier ou le CFE délivre gratuitement un **récépissé de création d'entreprise** (RCE) ² à toute personne assujettie à l'immatriculation, dès que celle-ci a déposé un dossier complet. Ce récépissé qui comporte la mention « en attente d'immatriculation » permet d'accomplir immédiatement les démarches nécessaires auprès des différents organismes (art. L. 123-9-1 ; par ex. une ouverture de ligne téléphonique) ³.

La loi Madelin du 11 février 1994 (art. 3), dans un souci de simplification des formalités administratives, a instauré le principe d'un numéro unique d'identification des entreprises. Ce numéro est le **numéro SIREN** ⁴ qui est attribué à l'entreprise par l'INSEE, lors de son inscription au répertoire des entreprises (art. D. 123-235 s.) ⁵. Pour les activités soumises à immatriculation au registre du commerce et des sociétés, le numéro unique d'identification est complété par la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe dans lequel l'entreprise est immatriculée (art. R. 123-237). Ce numéro d'identité unique est utilisable dans les relations de l'entreprise avec toutes les administrations et les organismes visés par la loi du 11 février 1994 (art. 1^{er}).

Il n'appartient donc plus au greffier de délivrer aux entreprises leur numéro d'immatriculation au RCS, et les anciennes lettres qui désignaient la forme de l'entreprise (A pour les personnes physiques, B pour les personnes morales commerçantes, C pour les groupements d'intérêt économique, D pour les personnes morales non commerçantes) sont supprimées. C'est ainsi que la société commerciale qui avait le numéro d'immatricula-

1. Depuis un décret du 2 juillet 1998, *cf.* J. Derruppé, *RTD com.* 1998, p. 819 et 1999, p. 366.

2. *Cf.* F. G. Trébulle, *Dr. sociétés* 2003, n° 159.

3. Sur les indications devant figurer sur le RCE, *cf.* art. R. 123-16, instauré par D. 9 juin 2006.

4. *Cf.* D. 14 mars 1973 portant création d'un système national d'identification et d'un répertoire des entreprises et de leurs établissements (système « SIRENE » tenu par l'INSEE au centre informatique de Nantes). Sur l'importance du numéro d'immatriculation pour identifier la société lorsqu'elle agit en justice, Paris 10 sept. 2008, *BRDA* n° 9 - 2009, p. 4.

5. Sur ce décret, *cf.* J. Derruppé, *RTD com.* 1997, p. 428, 431. Aucun délai n'est imparti à l'INSEE pour transmettre ce numéro au greffier. En principe, vingt-quatre heures suffisent.

tion « RCS Paris B 302 610 407 », est désormais désignée sous la mention « 302 610 407 RCS Paris ».

Le greffier notifie enfin l'immatriculation ainsi que le numéro SIREN au déclarant dans un **extrait K bis** ¹.

Des identifiants spécifiques doivent être utilisés à titre complémentaire : le numéro SIRET attribué à un établissement de l'entreprise ; le numéro de TVA intracommunautaire pour les activités soumises à la directive du 16 décembre 1991 (cf. art. D. 123-236) ².

Le numéro d'immatriculation doit être indiqué, à peine d'une contravention de 4^e classe, sur les factures, tarifs, documents publicitaires, la correspondance de la société (art. R. 123-237) ³. Les destinataires peuvent ainsi se renseigner facilement sur la société auprès du greffe ou de l'INPI. Grâce à *Internet*, il est possible, moyennant finance... ⁴, d'accéder au Registre national du commerce et des sociétés (www.euridile.inpi.fr) ou à de nombreux greffes de tribunaux de commerce (www.infogreffe.fr), et de disposer des premières informations sur une société (forme, date de création, capital, dirigeants...). Il est même possible de commander les statuts, comptes et bilans, rapports de gestion et d'obtenir par imprimante la délivrance des extraits K bis.

L'immatriculation a pour effet essentiel de conférer à la société la jouissance de la personnalité morale (art. L. 210-6 ; *infra*, n^{os} 74 et s.). Elle lui permet également de retirer les fonds provenant de la libération des parts sociales ou des actions (art. L. 225-11 ; L. 225-12 ; L. 226-1) ⁵.

66 Insertion au BODACC ◇ Le greffier doit, dès qu'il reçoit notification du numéro d'identification par l'INSEE, adresser un avis à insérer au BODACC (Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales). Cet avis, qui permet une publicité à l'échelon national, contient les renseignements essentiels ayant trait à la société constituée (v. art. R. 123-157 s.).

1. Le « K bis » est un extrait du registre du commerce et des sociétés, délivré par le greffier et comportant les principaux renseignements sur la société.

2. L'activité principale de l'entreprise fait l'objet d'un numéro de code APE (activité principale exercée) essentiellement statistique.

3. S. de Venteuil et S. Beaufre, *Les mentions à faire figurer sur les documents des sociétés commerciales*, JCP E 2000, p. 305.

4. V. les abus dénoncés par la commission d'enquête de l'Assemblée nationale (rapport n^o 1038, juill. 1998), *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite*, T. 1, spéc. p. 149, « Le pactole de la télématique ».

5. Cf. circulaire du 13 févr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987, I, L. 135. Le nouvel alinéa 1^{er} de l'article L. 223-8 C. com. n'interdit plus au mandataire de la SARL de retirer les fonds avant l'immatriculation de la société. Sur les conditions de restitution des fonds bloqués en cas de non constitution de la société, cf. J.-L. Guillot, *Banque* 1989, p. 343. Sur une condamnation pour abus de confiance en cas de retrait abusif des fonds déposés, *Crim.* 10 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 849, n^o 249, P. Le Cannu ; sur la responsabilité du banquier, *Com.* 19 mai 1998, *D. aff.* 1998, p. 1274, M. Boizard.

SECTION 3. LES SANCTIONS DES IRRÉGULARITÉS DE CONSTITUTION ¹

67 Évolution ◇ La sanction « normale » d'un acte irrégulier est son annulation (avec effet rétroactif). Mais, en matière de société, cette sanction serait particulièrement rigoureuse pour les tiers de bonne foi qui ont contracté avec elle. Salariés, fournisseurs n'auraient qu'un recours bien aléatoire contre les fondateurs et les associés.

Avant 1966, la jurisprudence s'était efforcée de limiter les cas de nullité et surtout d'en atténuer les effets par sa construction des « sociétés de fait » (*infra*, n° 72) ².

La *société de fait* est la situation dans laquelle une société, voulue par les participants, mais entachée d'un vice de constitution a cependant fonctionné avant son annulation ³.

Au contraire de la *société créée de fait* qui est la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, mais sans entreprendre les démarches nécessaires à la création d'une société (*supra*, n°s 56 s. et *infra*, n°s 614 s.).

L'organisation d'un contrôle préalable emportant purge des nullités pour vice de forme ayant été abandonnée lors de l'élaboration de la loi de 1966, il était nécessaire de *réduire les cas de nullité* (§ 1). Cette volonté a été renforcée, d'abord en ce qui concerne les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, par la mise en harmonie des textes avec la directive du Conseil des Communautés européennes du 9 mars 1968, grâce à l'ordonnance du 20 décembre 1969. Puis, ce domaine restreint des nullités est devenu celui de toutes les sociétés avec la loi du 4 janvier 1978.

Le législateur s'est également efforcé d'enserrer l'*action en nullité* dans des conditions strictes en offrant des possibilités de régularisation (§ 2), et d'en limiter les *effets* au cas où elle serait quand même prononcée, tout en sanctionnant les responsables (§ 3) ⁴. Si la réglementation est complexe, elle a au moins le mérite de l'efficacité : il y a très peu de nullités de sociétés en pratique ⁵.

1. L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse dactyl. Paris I, 1997 ; I. Robert-Cadet, *Les nullités en droit des sociétés*, Thèse dactyl. Lyon, 2000 ; P. Le Cannu, *La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés*, Mélanges Bézard 2002, p. 113 ; J. Simon, *Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires*, *id.* p. 147.

2. Cf. H. Temple, *Les sociétés de fait*, préf. J. Calais-Auloy, LGDJ 1975 ; L. Leveneur, *Situation de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ 1990, n°s 194 s.

3. Est également une société de fait la société dissoute, mais qui a continué de fonctionner.

4. J. Honorat, *Les nullités de constitution de sociétés*, *Defrénois* 1998, p. 3 ; Nguyen Xuan Chanh, *La nullité des sociétés commerciales dans la loi du 24 juill. 1966*, D. 1968, Chron. 27.

5. Sur la nullité des décisions des sociétés, cf. J.-P. Legros, *Rev. sociétés* 1991, 275 ; M. Germain, *De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévues par l'article 360 de la loi de 1966*, *Bull. Joly* 1992, p. 491, n° 159.

§ 1. Le domaine des nullités

68 Causes de nullité ◇ La nullité d'une société (ou d'un acte modifiant les statuts) est régie par l'article L. 235-1 al. 1 (anc. art. 360 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966) : « *La nullité d'une société 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...* ».

La nullité d'actes ou délibérations ne modifiant pas les statuts est régie par le deuxième alinéa de ce même article (*infra*, n^{os} 485 s.).

Les causes de nullités sont donc strictement délimitées par le texte :

1) La nullité ne peut résulter que d'une **disposition expresse du livre II du Code de commerce**. Mais la loi n'a prévu qu'une hypothèse en ce qui concerne les constitutions de sociétés : dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité (art. L. 235-2).

En pratique cette nullité sera exceptionnelle étant donné d'une part le contrôle exercé par le greffier du tribunal de commerce lors de la demande d'immatriculation (*supra*, n^o 64.) et, d'autre part, la possibilité de régularisation (*infra*, n^o 71). En outre, le tribunal a toujours la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue, si aucune fraude n'est constatée (art. L. 235-2 *in fine*).

Le Code de commerce ne prévoit aucune cause expresse de nullité pour les sociétés anonymes (v. cependant l'hypothèse exceptionnelle envisagée par l'article L. 225-8 al. 4) ou les sociétés à responsabilité limitée.

L'article L. 235-1 al. 1 ne faisant référence qu'à la violation d'une disposition expresse « *du présent livre ou des lois...* », le non-respect d'un texte qui leur est extérieur, en particulier le décret du 23 mars 1967, désormais intégré dans la partie réglementaire du Code de commerce, ne saurait entraîner de nullité ¹.

Sauf si la loi dispose elle-même expressément que la nullité sera encourue en cas de violation du décret ², ou si le décret et la loi, de caractère impératif, sont indissociables ³.

2) La nullité de la société peut également résulter de la violation des **dispositions qui régissent la nullité des contrats**.

- Sont ainsi annulables les sociétés qui n'ont qu'un associé dès l'origine (sauf le cas de la SARL ou de la SAS), ou dans lesquelles un apport est

1. Paris, 3 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 299, n^o 76, B. Saintourens ; Paris, 21 mars 2000, *D. aff.* 2000, p. 322 ; *Rev. sociétés* 2000, p. 387, Y. Guyon (anc. art. D. 179).

2. Cf. art. L. 221-7 al. 2 ; L. 225-121 al. 2 ; rapp. art. L. 225-104 ; Com. 15 avr. 1982, *Rev. sociétés* 1983, 343, J. Hémard ; Com. 6 juill. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 76, Y. Guyon.

3. Cf. art. L. 225-40 et R. 225-31. En ce sens, Y. Guyon sous Com. 4 oct. 1988, *Rev. sociétés* 1989, 62 ; P. Le Cannu sous Com. 19 avr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 485, n^o 161 (nullité pour violation des art. 72 s. L. 24 juill. 1867 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière).

inexistant ou fictif (*supra*, n° 28) ou dans lesquelles les associés n'ont pas l'*affectio societatis* (*supra*, n° 43 ; art. 1832 C. civ.) ¹.

Si les statuts contiennent une clause léonine, celle-ci est réputée non écrite, mais la société ne peut pas être annulée quelle que soit sa forme (art. L. 235-1 al. 1 ; *supra*, n° 42).

- Est également nulle la société qui aurait un objet illicite ou immoral (*supra*, n° 54) ou qui n'aurait pas été constituée dans l'intérêt commun des associés (*supra*, n° 52 ; art. 1833 C. civ.).

La Cour de Justice des Communautés européennes a cependant jeté un certain trouble avec l'arrêt *Marleasing* ², en décidant que l'expression « l'objet de la société » doit être interprétée en ce sens qu'il vise exclusivement l'objet statutaire de la société et que la déclaration de nullité d'une société ne pourrait pas résulter de l'activité effectivement poursuivie.

Elle estime en effet que le juge national, qui est saisi d'un litige dans une matière entrant dans le domaine d'application de la première directive, est tenu d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de cette directive, en vue d'empêcher la déclaration de nullité d'une société pour une cause autre que celles énumérées à son article 11. Cette solution devrait conduire le législateur français à réécrire l'article L. 235-1. Après avoir marqué une certaine résistance à la jurisprudence *Marleasing* ³, la cour d'appel de Paris en a fait une première application ⁴.

- Enfin, doit être annulée la société dans laquelle n'auraient pas été respectées les dispositions de l'article 1108 du Code civil sur le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Cependant une distinction doit être faite :

- dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, la nullité peut être prononcée pour défaut ou vice du consentement, incapacité d'un ou plusieurs associés, illicéité ou défaut d'objet ; absence de cause ou cause illicite ;

- en revanche la nullité d'une SARL ou d'une société par actions ne peut résulter ni d'un vice du consentement, ni d'une incapacité « à moins que

1. Cf. G. Durry, *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français*, Trav. Assoc. Henri Capitant (Tunis, 1962), T. XIV, p. 611. La question peut se poser de savoir si l'on est en présence d'une société nulle ou inexistante. Il nous semble que seule la nullité puisse être prononcée, en raison de la rédaction des articles L. 235-1 al. 1 et 1844-10 al. 1. C. civ. et de l'article 11 de la directive du Conseil des Communautés européennes du 9 mars 1968 aux termes duquel « en dehors des cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité ». V. en ce sens, sur la nullité des sociétés fictives, *supra*, n° 46.

2. CJCE 13 nov. 1990, *Rev. sociétés* 1991, 532, Y. Chaput ; P. Level, *JCP E* 1991, II, 156, *RTD com.* 1991, p. 68, n° 16, Cl. Champaud ; F. Leclerc, *Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing ? RJ com.* 1992, p. 321 ; B. Saintourens, *Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1^{re} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes*, *Bull. Joly* 1991, p. 123, n° 41.

3. Paris, 7 juill. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 26, Th. Bonneau (absence d'*affectio societatis*, prescription).

4. Paris 21 sept. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 626, n° 139, M. Menjucq ; *Dr. sociétés* 2002, n° 78, Th. Bonneau (l'art. 11 de la 1^{re} directive n'admet pas que la fictivité d'un apport soit une cause de nullité d'une SARL ou d'une société par actions, contrairement à l'art. L. 235-1).

celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs » (art. L. 235-1 al. 1) ¹. Ces sociétés ne pourraient être annulées que pour non-respect des dispositions sur la cause ou sur l'objet.

3) La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a introduit dans le Code de commerce un nouvel article L. 235-2-1, qui prévoit que « *sont nulles les décisions prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions* ». Dans le cadre de la dépenalisation entreprise, la nullité remplace ainsi les sanctions pénales qui étaient antérieurement prévues mais n'étaient pas appliquées.

4) Bien que la loi ne l'ait pas expressément prévu, il ne fait pas de doute que la nullité de la société pourrait être prononcée **s'il y avait fraude**, en application de l'adage *fraus omnia corrumpit* (*supra*, n° 55) ².

Ce sont là les **seules causes de nullité** d'une société (ou d'un acte modifiant les statuts). Si donc une clause statutaire était contraire à une disposition impérative de la loi, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité, elle serait simplement réputée non écrite (art. 1844-10 al. 2 C. civ.).

§ 2. L'action en nullité

69 Personnes pouvant agir en nullité ³ ◇ Quand la nullité tend à protéger un intérêt particulier (nullité relative pour incapacité, vice de consentement), seule la personne ou le groupe de personnes dont la loi a voulu assurer la protection peut agir en nullité ⁴.

Lorsque la nullité sanctionne un vice de portée générale, la nullité est absolue et peut être invoquée par toute personne pouvant se prévaloir d'un intérêt légitime au succès de sa prétention (art. 31 C. pr. civ.) ⁵. Peuvent

1. Com. 20 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n° 199, p. 133.

2. Une modification statutaire peut être également annulée pour fraude ou pour abus de majorité (*infra*, n° 495). Cf. égal. L. Bornhauser-Mitrani, *La violation d'une clause statutaire*, *Petites Affiches* 8 avr. 1998 ; J.-P. Legros, *La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? Dr. sociétés* avr. 1991, p. 1 ; Com. 20 nov. 1990, *Rev. sociétés* 1991, 521, M. Pariente ; Paris 23 nov. 2001, *Rev. sociétés* 2002, p. 92, Y. Guyon (nullité pour violation d'une disposition impérative des statuts sur la base de l'article 1134 C. civ.).

3. Ch. Hannoun, *L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)*, *RTD com.* 1993, p. 227. Sur la renonciation tacite d'un actionnaire à agir en nullité, Com. 19 nov. 1991, *Dr. sociétés*, janv. 1992, n° 15, H. Le Nabasque.

4. Cf. Com. 17 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 247, n° 79 ; Rapp. Pau, 9 juin 1987, *JCP E* 1988, II, 15168, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris, 28 févr. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 795, n° 168, J. Grosclaude (recevabilité de l'action des majoritaires alors qu'ils avaient voté la décision).

5. Paris, 23 oct. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 95, n° 16, Ph. Merle ; *JCP E* 1993, I, 215, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1053, n° 379, P. Le Cannu ; BCNCC n° 109-1998, p. 51, Ph. Merle (défaut d'intérêt à agir en nullité d'un commissaire aux comptes évincé à la suite d'une fusion).

donc agir les associés, sauf si la nullité leur est imputable ¹, leurs créanciers personnels, les dirigeants de la société, les créanciers sociaux ².

La Chambre commerciale a eu l'occasion de préciser « qu'aucune disposition n'impose que le demandeur à l'action soit actionnaire de la société à la date de l'acte ou la délibération dont il poursuit l'annulation » ³. Cette solution est évidemment très favorable aux minoritaires, en particulier aux associations d'actionnaires et d'investisseurs.

Le défendeur est toujours la société, puisque c'est elle qui a un intérêt légitime au rejet de la prétention (art. 31 C. pr. civ.). Ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. Cependant, la nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice du consentement est opposable même aux tiers, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence (art. L. 235-12 ; *infra*, n° 72).

70 Prescription de l'action en nullité ⁴ ◇ Un raccourcissement et une unification des prescriptions ont été opérés en 1966 : toutes les actions en nullité se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue (art. L. 235-9) ⁵. Ce délai peut cependant être interrompu ou suspendu ⁶.

Dérogent cependant à la prescription de trois ans, l'action de l'article L. 235-6 (anc. art. 365 L. 24 juillet 1966) où, dans l'hypothèse d'un vice du consentement ou d'une incapacité sources de nullité, tout intéressé peut mettre en demeure celui qui peut régulariser, soit de le faire, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion (*infra*, n° 71) et l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission qui se prescrit également par six mois (art. L. 235-9 al. 2). Quant à l'action intentée pour fraude, elle ne peut évidemment pas être enserrée dans une prescription abrégée ⁷.

1. Com. 1^{er} déc. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 287, p. 238 ; Paris, 20 oct. 1980, *JCP* 1981, II, 19602, concl. Jéol, note F. Terré ; *Rev. sociétés* 1980, 774, A. Viandier. V. cependant pour une société fictive, Civ. 3^e, 22 juin 1976, préc., *D.* 1977, p. 619, P. Diener.

2. Montpellier, 7 janv. 1980, *Rev. sociétés* 1980, 737, C. Mouly.

3. Com. 4 juill. 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 504, P. Le Cannu ; *D.* 1996, p. 186, J.-Cl. Hallouin ; *JCP E* 1995, I, 505, n° 8, A. Viandier, J.-J. Caussain et II, 1750, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1995, p. 968, n° 350, J.-F. Barbière ; *RTD com.* 1996, p. 69, B. Petit et Y. Reinhard ; *BCNCC* n° 99-1995, p. 327, Ph. Merle. Rapp. Crim. 27 nov. 1978, *D.* 1979, p. 123, J.C., admettant une constitution de partie civile pour des infractions commises à une époque où le plaignant n'était pas encore actionnaire ; Crim. 4 et 5 nov. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 87 et 91, B. Bouloc.

4. Ch. Hannoun, *Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés*, *Rev. sociétés*, 1991, 45.

5. La loi du 17 juin 2008 modifiant les dispositions du Code civil en matière de prescription n'affecte pas les prescriptions spéciales, comme celles qui s'appliquent en droit des sociétés. Com. 17 juill. 1974, *Rev. sociétés* 1975, 649, J. Hémard, (SA constituée avec un nombre d'actionnaires inférieur au minimum légal) ; Paris, 1^{er} déc. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 48, Th. Bonneau (société fictive) ; Civ. 1^{re}, 20 nov. 2001, *JCP E* 2002, 225, A. Viandier ; *Dr. Sociétés* 2002, n° 21, Th. Bonneau ; *D.* 2002, p. 95, A. Lienhard (défaut d'*affectio societatis*).

6. R.M. JO déb. AN 26 janv. 1981, p. 373 ; *Rev. sociétés* 1981, 206.

7. *Mémento Lefebvre* n° 28360 ; J. Mestre, note sous Trib com. Marseille, 8 sept. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 80, spéc. p. 88.

On ne doit toutefois jamais négliger qu'en application du droit commun des contrats, même si l'action en nullité est prescrite, subsiste l'**exception de nullité** qui, elle, est perpétuelle. Autrement dit, celui auquel l'exécution de l'acte irrégulier est demandée peut toujours refuser de s'exécuter ¹. Cependant, l'exception est irrecevable en cas d'exécution partielle de l'acte juridique discuté ².

71 Régularisation de la société ◇ Dans son effort pour restreindre les nullités de sociétés, le législateur ne s'est pas contenté de limiter les causes (*supra*, n° 68) ou de prévoir un bref délai d'action (*supra*, n° 70), il a également multiplié les dispositions tendant à faciliter la régularisation de la société entachée d'un vice ³.

Le principe est que toutes les nullités peuvent être couvertes à l'exception de celles fondées sur l'illicéité de l'objet social (art. L. 235-3).

Pour favoriser la régularisation :

- l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance (art. L. 235-3) ;

- le tribunal saisi d'une action en nullité ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance (art. L. 235-4 al. 1) ⁴ ;

- le tribunal peut d'*office* fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité (*id.*) ⁵ ;

- si une assemblée doit être convoquée ou une consultation des associés effectuée pour couvrir la nullité, le tribunal doit accorder le délai nécessaire dès lors qu'il est justifié d'une convocation régulière de cette assemblée ou de l'envoi aux associés du texte des projets de décision (art. L. 235-4 al. 2) ⁶. Mais si, à l'expiration du délai fixé, aucune décision n'a été prise, le tribunal statue à la demande de la partie la plus diligente (art. L. 235-5).

À supposer que, malgré ces différentes facilités accordées, le vice n'ait pas été réparé, une menace dangereuse continue de planer sur la société. Une clarification s'impose, et trois hypothèses doivent être distinguées :

1) Cas où la nullité est fondée sur un *vice du consentement ou l'incapacité d'un associé* (art. L. 235-6) : lorsqu'une régularisation peut intervenir (par ex. accord de l'associé dont le consentement a été vicié) tout intéressé peut

1. J. P. Brill, *Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité en droit des sociétés*, in *Mélanges D. Schmidt*, Joly 2005, p. 99. Civ. 3^e, 25 nov. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 294, n° 53, L. Grosclaude ; Civ. 3^e, 2 déc. 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 359, Y. Chartier ; *Bull. Joly* 1999, p. 565, n° 121, P. Le Cannu ; Com. 17 déc. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 340, n° 67, H. Le Nabasque (l'exception ne peut être opposée qu'à une demande tendant à l'exécution de l'obligation nulle).

2. Civ. 1^{re}, 13 févr. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1016, n° 282, H. Lécuyer.

3. Cf. C. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, préf. P. Hébraud, LGDJ 1973.

4. Qui oserait soutenir à la lecture d'une telle disposition que notre Justice est trop lente ?

5. Par ex. T. com. Paris, 5 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980, I, 100.

6. Aix, 13 janv. 1977, *Rev. sociétés* 1977, 711, J. Hémard.

mettre en demeure la personne susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion (al. 1^{er} ; art. R. 235-1). Dans l'hypothèse où l'associé (ou son représentant) ne régularise pas et agit en nullité, la société ou tout associé peut soumettre au tribunal saisi de l'action en nullité toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux. Le tribunal peut alors, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées si elles ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires, le vote du demandeur en nullité n'étant pas pris en considération (al. 2). Il s'agit là d'un cas exceptionnel d'exclusion d'un associé ¹.

S'il y a contestation sur la valeur des parts sociales ou actions à rembourser, celle-ci est déterminée par expertise, conformément aux dispositions de l'article 1843-4 C. civ. (al. 3).

2) Cas où la nullité est fondée sur un *défaut de publicité, dans une société en nom collectif ou une société en commandite simple* (art. L. 235-7 ; R. 235-1 et R. 235-2 ; *supra*, n° 68). Toute personne ayant intérêt à la régularisation de l'acte peut mettre la société en demeure d'y procéder. La société dispose d'un délai de trente jours. À défaut de régularisation dans ce délai, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce, statuant en référé, la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité.

3) *Même si le vice n'est pas sanctionné par la nullité*, dès lors que les statuts ne contiennent pas toutes les mentions exigées par la loi ou si une formalité prescrite pour la constitution a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé, même le ministère public, peut demander devant le tribunal de commerce que la régularisation soit ordonnée sous astreinte. La prescription est de trois ans à compter de l'immatriculation de la société (art. L. 210-7 al. 2 et 4 ; R. 210-12).

§ 3. Les effets de la nullité

Si malgré tous ces obstacles, la nullité est quand même prononcée ², ses effets sur la société sont sérieusement atténués par rapport au droit commun des nullités ³ ; en revanche la responsabilité de ceux auxquels la nullité est imputable est nettement reconnue.

1. J.-P. Storck, *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, 233.

2. Les voies de recours sont celles du droit commun. Toutefois la tierce opposition contre la décision prononçant la nullité d'une société n'est recevable que pendant un délai de six mois à compter de la publication de la décision judiciaire au BODACC (art. D. 253-1).

3. Sur les conditions de ratification de décisions judiciairement annulées, Paris, 25 mai 1993, *JCP E* 1993, I, 288, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain.

72 Effets de la nullité sur la société ◇ La loi a repris la solution jurisprudentielle antérieure sur les sociétés de fait ¹ : lorsque la nullité d'une société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat (art. 1844-15 al. 1 C. civ.). La société n'est nulle que pour l'avenir et elle doit être liquidée conformément aux règles applicables à la liquidation des sociétés commerciales, comme si elle était dissoute après avoir existé (art. 1844-15 al. 2 C. civ. ; art. L. 235-10).

À l'égard des tiers qui se sont fiés à l'apparence de régularité de la société, les engagements qui avaient été pris par les dirigeants sont maintenus : ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi (art. L. 235-12) ². Et l'absence d'effet rétroactif doit également interdire aux tiers d'invoquer la nullité pour se soustraire à leurs engagements.

Une interprétation *a contrario* de ces textes permet-elle à des tiers de bonne foi de se prévaloir de la nullité à l'égard de la société et des associés ? Une telle option qui était admise avant les réformes de 1966 et de 1978 ne paraît plus possible compte tenu du principe général, désormais affirmé par la loi, d'absence de rétroactivité, et de l'assimilation de la nullité à une liquidation ³.

La nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice de consentement est opposable même aux tiers, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence (*id.*).

Entre associés, par suite de la non-rétroactivité de l'annulation, la société est liquidée conformément aux dispositions des statuts et de la loi sur la liquidation des sociétés dissoutes (art. L. 235-10, L. 237-1).

Toutefois, le législateur a prévu une exception lorsque la nullité résulte d'une incapacité ou d'un vice du consentement. L'associé incapable ou dont le consentement a été vicié peut en effet opposer la nullité aux autres associés et reprendre ses apports francs et quittes de toute charge (implic. art. L. 235-12).

Si la nullité a été prononcée en raison de stipulations statutaires illicites ou immorales il paraît difficile de faire référence aux statuts et de faire produire effet à des dispositions contraires à l'ordre public. Bien que le législateur n'ait pas prévu de dérogation dans ce cas, on peut penser qu'il est préférable de procéder, sans tenir compte des statuts, à un partage équitable de l'actif et du passif.

73 Responsabilités ◇ L'annulation de la société peut engager la responsabilité civile de ceux à qui elle est imputable.

1. G. Rives, *Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales*, RTD com. 1969, 407 ; H. Temple, *Les sociétés de fait*, op. cit.

2. Com. 5 oct. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1219, n° 282, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1999, p. 821, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2000, n° 2, Th. Bonneau ; *JCP E* 2000, p. 29, A. Viandier et J.-J. Caussain. Sur la notion de tiers, cf. Paris, 29 mars 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 534, n° 186, P. Le Cannu.

3. Rapp. Y. Guyon, n° 158 ; sur la notion de bonne foi, cf. Paris, 26 avr. 1990 (aff. *LVMH*) *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 168, n° 7, M. Jeantin et A. Viandier.

S'il s'agit d'une SARL, ce sont les premiers gérants et les associés auxquels la nullité de la société est imputable, qui sont solidairement responsables envers les autres associés et les tiers (art. L. 223-10).

Dans les sociétés anonymes, les fondateurs de la société auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les actionnaires ou pour les tiers de l'annulation (art. L. 225-249 al. 1). La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des actionnaires dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés (al. 2).

Les mêmes dispositions s'appliquent aux gérants et membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions (art. L. 226-12 al. 1).

Mais la loi n'édicte pas de responsabilité solidaire dans les sociétés en nom collectif ou en commandite simple.

La responsabilité peut être recherchée même si la cause de nullité a disparu par réparation du vice dont la société était entachée, dès lors qu'il y a eu un préjudice causé (art. L. 235-13 al. 2).

L'action en responsabilité se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée (art. L. 235-13 al. 1). Si la cause de nullité a disparu, la prescription de trois ans part du jour où la nullité a été couverte (al. 2).

Même si la nullité n'était pas encourue, mais dès lors qu'un préjudice a été causé par défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ou par omission ou accomplissement irrégulier d'une formalité constitutive, les fondateurs et premiers dirigeants sont solidairement responsables. La prescription est de dix ans à compter de l'immatriculation (art. L. 210-8).

CHAPITRE 3

LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS

74 Intérêts et limites ◇ La notion de personne morale a été d'abord une notion de droit public, utilisée à propos de l'État et des collectivités publiques. Ce n'est qu'au cours du XIX^e siècle que la jurisprudence a construit la théorie actuelle¹. À partir de quelques textes consacrant implicitement l'autonomie patrimoniale des sociétés (art. 529 C. civ. ; art. 69-6^o anc. C. pr. civ.), elle a conclu à la nécessité d'une personne titulaire du patrimoine, pour toutes les sociétés, *sauf la société en participation et la société créée de fait*². La loi du 24 juillet 1966 (art. L. 210-6 C. com.) et celle du 4 janvier 1978 (art. 1842 C. civ.) ont repris ces solutions en précisant toutefois que les sociétés ne jouissent de la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation³.

La personnalité morale permet à la société d'avoir un patrimoine propre, le *patrimoine social*, distinct des patrimoines personnels de ses membres et une identité propre, avec un nom (appellation), un domicile (siège social), une nationalité, une pleine capacité juridique⁴. Grâce à elle peuvent être

1. Cf. P. Durand, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in Études offertes à G. Ripert, *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, T. I, p. 138, LGDJ 1950 ; P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, préf. P. Durand, Thèse Nancy, 1949 ; J. Paillusseau, *Le droit moderne de la personnalité morale*, RTD civ. 1993, p. 705 ; N. Baruchel, *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie*, LGDJ 2004, préf. B. Petit ; B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM 2006, préf. H. Le Nabasque

2. La personnalité morale de la société civile n'a été reconnue que par un arrêt de la Cour de cassation (Ch. Req.) du 23 févr. 1891, DP 1891, I, 337 ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 8^e éd. par A. Weill, F. Terré, Y. Lequette, Dalloz 1984, p. 35.

3. Les sociétés civiles créées avant le 1^{er} juill. 1978 étaient tenues de s'immatriculer avant le 1^{er} novembre 2002 (art. 44 L. NRE du 15 mai 2001). À défaut, elles ont perdu leur personnalité morale et doivent être qualifiées de sociétés créées de fait ou de sociétés en participation (v. *supra*, n^o 62).

4. Com. 12 juill. 2004, *Dr. sociétés* 2004, n^o 205, F. G. Trébulle ; JCP E 2005, 131, n^o 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker, visant le principe selon lequel « le patrimoine est indissociablement lié à la personne » décide que « la transmission universelle à la personne morale absorbante du patrimoine de la personne morale absorbée est indissociable de la dissolution de cette dernière et ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est pas dissoute ». V. égal. Com. 25 oct. 1983, *Bull. civ. IV*, n^o 279, p. 242 (capacité de jouissance pour agir en justice). Sur le défaut de mention du représentant permanent d'une personne morale dans les actes de procédure, Ch. Mixte 22 févr. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 663, n^o 150, D. Chalet ; D. 2002, p. 2083, J. B. Racine ; *Dr. sociétés* 2002, n^o 168, Th. Bonneau ; Crim. 6 nov. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 345, n^o 68, J. J. Barbière ; Paris 7 sept. 2007, *BRDA* n^o 21-2007, p. 2 (représentation d'une société en justice) ; Com. 18 sept. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 174, n^o 38, O. Staes (assignation délivrée à une "entreprise"). Sur l'obligation faite au juge fiscal de vérifier que l'avocat agissant au nom d'une personne morale a bien été mandaté par

ainsi assurées la cohésion du groupement et la pérennité de l'entreprise commune.

La personnalité morale n'est cependant pas une notion uniforme pour toutes les sociétés ¹. Son masque peut être plus ou moins épais : c'est ainsi que les créanciers de la société en nom collectif pourront aller rechercher, si elle est défailante, ses associés ². Ils ne le pourraient pas s'ils avaient contracté avec une société anonyme ou une société à responsabilité limitée. La personnalité morale peut alors être un abri tentant pour celui qui ne peut pas exercer le commerce à titre individuel, ou qui, poursuivant une activité purement personnelle, crée une société de façade pour limiter sa responsabilité. Les juges n'hésitent pas à traquer les abus de la personnalité morale ³ (sur les sociétés fictives, v. *supra*, n^{os} 44, 46).

75 Réalité ou fiction ⁴ ◇ La nature de la personnalité morale a agité la doctrine pendant plus de cent ans. La question ne passionne plus guère les auteurs aujourd'hui. Selon la théorie classique de la fiction (Savigny, Ihering) la personnalité morale ne peut exister que si elle est reconnue expressément ou implicitement par le législateur, et il n'est pas possible d'étendre ses effets au-delà de ce que les textes ont prévu. À l'opposé, mais il y a beaucoup de conceptions intermédiaires, si la personnalité morale est une réalité (Gény) on doit reconnaître son existence, même dans le silence de la loi, à tout groupement qui a un intérêt collectif distinct de ses membres et qui s'exprime dans un minimum d'organisation.

La personnalité morale doit alors être dotée de tous les droits qui lui sont nécessaires pour que la société accomplisse sa mission.

La thèse de la réalité l'a emporté en droit social avec la jurisprudence bien connue de la Cour de cassation sur les comités d'établissement :

« Que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la

une personne physique ayant elle-même qualité pour représenter celle-ci, CE 26 avr. 2008, *Sté Gestion Hôtels Cahors Vitrolles*, RJF 6/08, n^o 727 (interprétation art. L 197-4 LPF).

1. Cf. G. Goubeaux, *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens*, in Études dédiées à R. Roblot, LGDJ 1984, p. 199 ; J. Pellerin, *La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé*, RTD com. 1981, 471.

2. Exemple de transparence : l'associé unique d'une EURL (*infra*, n^{os} 231 s.) peut invoquer au profit de la société le droit du commerçant ou de l'artisan âgé qui prend sa retraite ou qui se trouve handicapé à résilier le bail par anticipation (art. 38-2 D. 30 sept. 1953, modif. par L. 31 déc. 1989, art. 7). Cf. J. Derruppé, RTD com. 1990, p. 22, n^o 2. Sur la reconnaissance par la jurisprudence d'une certaine transparence des holdings, *infra*, n^o 645, des sociétés en nom collectif, Paris, 28 nov. 1990, JCP E 1991, I, 61, n^o 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Civ. 3^e, 18 déc. 1991, *Gaz. Pal.* 4 févr. 1992, J.-D. Barbier. V. égal. numéro spécial RJ com. nov. 1993. P. Salin et M. Laine, *Le mythe de la transparence imposée*, JCP E 2003, 1586.

3. N. Fadel-Raad, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, LGDJ 1991, préf. F. Terré ; J. Hamel, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, Chron. 141.

4. V. la présentation de G. Goubeaux, *Les Personnes*, LGDJ, 1989, n^{os} 19 s.

défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés... »¹.

Mais, pour les sociétés, la loi s'est prononcée en faveur de la fiction puisque l'octroi de la personnalité morale dépend d'une formalité, l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (art. L. 210-6 ; art. 1842 al. 1 C. civ. ; et pour les groupements d'intérêt économique, art. L. 251-4)².

Il convient d'envisager chronologiquement, sous l'angle de la personnalité morale, la création de la société (section 1), sa vie (section 2), son éventuelle transformation (section 3) et sa disparition (section 4).

SECTION 1. LA CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ

§ 1. La société avant son immatriculation

76 Société en formation ³ ◇ Dès que les statuts ont été signés, la société est constituée, bien qu'elle n'ait pas la personnalité morale (*supra*, n° 59)⁴. Un temps plus ou moins long va se dérouler entre la signature du pacte social et l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁵.

1. Civ. 2^e, 28 janv. 1954, D. 1954, p. 217, G. Levasseur ; *Grands arrêts préc.*, p. 37 ; Soc. 23 janv. 1990, (aff. *Bendix*) JCP 1990, II, 21529, M. Nénot (personnalité morale des comités de groupe) ; Soc. 17 avr. 1991 ; JCP 1992, II, 21856, H. Blaise (comité d'hygiène et de sécurité). *Adde* pour la masse des créanciers de la « faillite », Com. 17 janv., 1956, D. 1956, p. 265, R. Houin ; Civ. 1^{re}, 18 janv. 2005, (*Cie des commissaires-priseurs de Paris*), Dr. sociétés 2005, n° 86, F. X. Lucas ; JCP E 2005, 1834, n° 10, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

2. G. Lagarde, *Propos de commercialiste sur la personnalité morale, réalité ou réalisme ?* in Études offertes à A. Jauffret, Aix, 1974, p. 429 ; R. David, *La personnalité morale et ses limites*, in Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris 1960, Rapport général p. 1 ; Ch. Freyria, *La personnalité morale à la dérive*, in *Mélanges A. Breton, F. Derrida*, Dalloz 1991, p. 121. Rapp. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, *Economica* 1985, n°s 276 s. V. cependant sur un regain de la théorie de la réalité, F. Vinckel, *La capacité des sociétés et le droit au procès équitable*, Bull. Joly 2002, p. 192, n° 42.

3. D. Plantamp, *Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales*, RTD com. 1994, p. 1.

4. La société en formation ne peut donc pas agir en justice, Com. 30 nov. 1999, Bull. Joly 2000, p. 331, n° 63 ; JCP E 2000, p. 369, H. Croze et S. Cayre ; Dr. sociétés 2000, n° 23, Th. Bonneau ; D. aff. 2000, p. 627, E. Lamazerolles ; Com. 14 juin 2000, Bull. Joly 2000, p. 1078, n° 268, B. Saintourens. Elle ne peut pas non plus être déclarée en redressement ou en liquidation judiciaire, Com. 10 mars 1987, JCP 1987, II, 20830, Y. Guyon ; Rev. sociétés 1987, p. 587, J.-P. Sortais. Cf. J.-Cl. Hallouin, *Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, JCP 1989, I, 3414. Sur les conditions de la mise en redressement judiciaire des associés pendant cette période, cf. Com. 2 mai 1989, RTD com. 1990, p. 100, n° 2, Ph. Merle ; Com. 27 avr. 1993, Dr. société 1993, n° 135, Th. Bonneau.

5. Cette immatriculation n'aura même peut-être jamais lieu ; mais son défaut ne saurait entraîner l'annulation de la société (Com. 4 mai 1981, Rev. sociétés 1982, 277, C. Philippe ; D. 1982, p. 482, J.-J. Daigre). Rapp. C.JCE 20 sept. 1988, RTD com. 1990, p. 405, n° 9, Cl. Champaud. Sur la restitution des apports à défaut d'immatriculation, cf. Lyon, 10 nov. 1983, D. 1984, p. 123, Y. Reinhard. *Adde* J.-L. Guillot, *Banque* 1989, p. 343.

Pendant cette période de fondation ¹, les rapports entre associés vont être régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations (art. 1842 al. 2 C. civ.) ². La solution introduite par la réforme de 1978 comble une lacune de la loi de 1966, mais laisse notamment planer une incertitude sur le point de savoir si les décisions peuvent déjà être prises à la majorité (application immédiate des statuts) ou doivent être prises à l'unanimité (en application du droit commun des contrats) ³.

Vis-à-vis des tiers, des dépenses ne vont pas manquer d'être engagées avant l'immatriculation : location de bureaux pour l'installation du siège social, embauche de personnel, achat de matériel, installation de lignes téléphoniques et de l'Internet, ouverture de comptes bancaires ⁴. Or la société n'a pas encore d'existence juridique ⁵ et ne peut donc contracter.

Selon la Chambre commerciale, tant que la société n'a pas la personnalité morale, elle est dépourvue du droit d'agir en justice et cette situation ne peut pas être régularisée ⁶. À l'inverse, le Conseil d'État admet une personnalité embryonnaire de la société en formation et lui reconnaît la capacité d'agir ⁷. Quant à la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, elle admet la régularisation dès lors que l'immatriculation intervient avant que le juge statue ⁸.

1. Pour le Conseil d'État, le point de départ de la société en formation se situe à compter de l'enregistrement des statuts auprès des services fiscaux, CE 13 oct. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 457, n° 89, Th. de Ravel d'Esclapon.

2. Sur les recours entre fondateurs à défaut d'immatriculation, Paris, 24 sept. 1991, *JCP E* 1992, I, 120, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1992, p. 516, n° 168, J.-F. Barbiéri.

3. Cf. la solution proposée par M. Germain, *Naissance et mort des sociétés commerciales*, in *Études dédiées à R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 217, spéc. p. 223 s.

4. H. Baudelet, *Les banques et l'activité de la société en formation*, Banque 1986, p. 66, et Thèse Rouen, 1984, *Les opérations du banquier avec les sociétés en cours de formation* ; E. Garaud, *L'ouverture d'un compte chèques au nom d'une société en formation*, *Bull. Joly* 1992, p. 728, n° 236. La délivrance d'un chéquier à une société en formation n'est pas en soi fautive, Com. 6 févr. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 352, n° 108, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1990, 237, J. Stoufflet ; Com. 15 juin 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 198, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1993, p. 690, n° 2, M. Cabrillac et B. Teyssié (lettre de change tirée sur une société en formation et revêtue d'une mention d'acceptation de son gérant) ; Com. 11 janv. 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 53, Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 2000, p. 837, n° 202, R. Routier (vérifications à effectuer par le banquier).

5. Cf. par ex. Civ. 1^{re}, 5 juill. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, I, p. 634, B. Hatoux ; *RTD com.* 1990, p. 26, n° 2, J. Derruppé ; p. 400, n° 5, Cl. Champaud : une société non immatriculée ne peut être titulaire d'un fonds de commerce et ne peut donc pas consentir un nantissement. Elle ne peut pas non plus agir en justice, Com. 7 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1225, n° 332, C. Priéto ; Civ. 2^e, 13 déc. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 50, Th. Bonneau ; Civ. 2^e, 30 mars 2000, *JCP E* 2000, p. 1866, J. P. Garçon (surenchère impossible). De même, les personnes ayant agi au nom de la société en formation ne peuvent pas être considérées comme des mandataires de la société, Com. 3 janv. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 314, n° 108, C. Priéto.

6. Com. 20 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, n° 291, p. 1419, J. F. Barbiéri ; D. 2006, p. 1820, A. Lienhard ; Com. 26 févr. 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 142, J. F. Barbiéri. Cf. Cl. Bourgeois, *Société en formation et exercice d'une action en justice : enjeux théoriques et pratiques*, D. 2008, p. 1160.

7. CE 23 janv. 2006 (Cne de Blauzac) *Rev. sociétés* 2006, 798, N. Mathey.

8. Civ. 3^e, 9 oct. 1996, *RJDA* n° 1-1997, n° 54 ; V. D. Gibirila, *L'incapacité d'ester en justice d'une société en formation et ses enjeux*, *RJDA* n° 10-2006, p. 915.

Afin de protéger les tiers ¹ si la société n'est pas immatriculée, ainsi que les associés qui ne peuvent être engagés contre leur gré par n'importe quels actes des fondateurs, la loi de 1966, en s'inspirant du texte qui devait donner lieu à la directive européenne du 9 mars 1968, a posé le principe suivant : « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment des actes ainsi accomplis à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société » (art. L. 210-6 al. 2 ; R. 210-5 à R. 210-7 ; rappr. art. 1843 C. civ., 6 D. 3 juillet 1978).

Ce dispositif a donné lieu à un abondant contentieux, surtout dans les sociétés anonymes où la période de fondation est la plus longue ². Ce problème irritant du sort des actes accomplis au cours de la période constitutive aurait pu être évité si le législateur n'avait pas tant retardé la naissance de la personnalité juridique des sociétés ³.

L'article L. 210-6 ne peut s'appliquer que dans le cadre d'une société en formation. Il ne saurait jouer lorsque l'on est en présence d'une société créée de fait. Les conséquences pratiques de la solution sont importantes puisque dans la société créée de fait tous les associés sont tenus indéfiniment et solidairement, alors que dans la société en formation seules les personnes qui ont agi en son nom peuvent être tenues (*infra*, n° 80). Le commencement de l'activité sociale caractérise la société créée de fait, alors que la société en formation ne peut qu'accomplir des actes destinés à préparer le commencement d'exploitation. En fait, la distinction est très délicate à mettre en œuvre ⁴.

1. V. pour l'hypothèse rare où la société étant insolvable, le tiers cocontractant a intérêt à soutenir que l'engagement n'a pas été repris et demeure à la charge du fondateur, Paris, 22 nov. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 88. *RTD com.* 1989, p. 241, n° 2, Cl. Champaud et P. Le Floch.

2. Ph. Merle et E. Chevallier-Merle, n°s 2 à 15.

3. M. Dagot, *Un texte contestable : l'article 5 de la loi du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales*, D. 1974, Chron. 241 ; M. Germain, art. précité. On remarquera également que, contrairement à ce qui se passe en pratique, le législateur fait de la non-reprise le principe, et de la reprise l'exception... La preuve de la reprise incombe donc à celui qui l'invoque, Soc. 18 déc. 1979, *Bull. civ. V*, n° 1013, p. 740 ; Com. 22 juill. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 867, n° 263, P. Le Cannu (excluant le jeu de la théorie de l'apparence).

4. E. Paillet, *L'activité de la société en formation*, *Rev. sociétés* 1980, 419 ; M. Germain, *Dr. sociétés*, mai 1982, n° 5. Com. 7 déc. et 26 oct. 1981, *Rev. sociétés* 1982, 858, F. Dekeuwer-Defossez ; Com. 13 mars 1984, D. 1985, p. 244, Y. Reinhard ; Paris, 22 déc. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 745, J.-P. Sortais (décidant que la société peut être considérée comme une société créée de fait à l'égard de l'un des associés et comme une société en formation à l'égard de l'autre, compte tenu des actes respectivement accomplis par l'un et l'autre) ; Paris 11 mars 2009, *BRDA* n° 10-2009, p. 3 ; Com. 25 févr. 1992, *Dr. sociétés* mai 1992, n° 107, p. 7, Th. Bonneau (clause attributive de compétence) ; Com. 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 149, n° 50, P. Serlooten ; *Dr. sociétés* 1997, n° 25, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1997, p. 357, F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno ; *JCP E* 1997, I, 639, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Ch. Goyet, D. 1998, Chron. 37 ; Com. 4 déc. 2001, *JCP E* 2002, p. 624, n° 594, F. X. Lucas (société en formation dégénérant en société créée de fait).

§ 2. Le sort des actes accomplis au cours de la période constitutive ¹

77 Champ d'application ◇ La procédure de reprise s'applique selon l'article L. 210-6 aux opérations effectuées au nom de la *société en formation*. Le point de départ de la période de formation n'est pas précisé par les textes. On s'accorde pour estimer que la société est en formation dès que des formalités précises et non équivoques ont matérialisé l'intention des associés ². Concernant la fin de la période de formation, il n'y a aucun doute, c'est l'immatriculation de la société.

La reprise peut concerner les « actes », les « engagements souscrits ³ ». Sont incontestablement visés les contrats. Semblent exclus les délits, mais la réparation des actes de concurrence déloyale commis par les fondateurs peut être mise à la charge de la société qui en a bénéficié ⁴. Enfin, seuls peuvent être repris les actes accomplis *pour le compte de la société* ⁵. Le fondateur doit donc indiquer qu'il agit, non pour son compte personnel, mais au nom d'une société en formation ⁶.

78 Modalités de la reprise ◇ Plusieurs situations doivent être distinguées :

1) *Actes conclus avant la signature des statuts*. L'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation, avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulterait pour la société, est présenté aux associés avant la signature des statuts. Cet état est annexé aux statuts, dont la signature emportera reprise automatique des engagements par la société, lorsque celle-ci aura été immatriculée (art. 6 al. 1 et 2, D. 3 juillet 1978) ⁷. La société ne pourrait pas se constituer sans ratification de ces actes.

2) *Actes conclus entre la signature des statuts et l'immatriculation*. Les associés peuvent également, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux, ou au gérant non associé de la SARL,

1. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1988, p. 343.

2. R. Besnard Goudet, *La nécessaire qualification de société en formation en matière de reprise des actes*, *Dr. sociétés* déc. 2001, p. 5.

3. Cf. J. Bonnard, *Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation*, *Rev. sociétés* 1992, p. 255.

4. Com. 3 déc. 1991 (2 esp.) *RJDA* 3/1992, n° 240, p. 185.

5. Com. 17 juill. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1267, n° 274 (nullité du prêt souscrit par la société elle-même avant son immatriculation).

6. Com. 27 oct. 1975, *Rev. sociétés* 1976, 297, D. Randoux ; Com. 24 févr. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 56, p. 41 ; *RTD com.* 1988, p. 64, n° 3, Cl. Champaud et P. Le Floch (engagement en qualité de garant) ; Com. 17 juill. 2001, *BRDA* 18-2002, p. 3 (« dans l'intérêt de la société et vu l'urgence ») ; Com. 23 janv. 2007, *BRDA* n° 4-2007, p. 3 (EARL).

7. Com. 13 mars 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 896, n° 193, J. Vallansan (état des actes non annexé aux statuts) ; Versailles 12 déc. 2005, *BRDA* n° 13-2006, p. 2. Pour la SA se constituant sans appel public à l'épargne, cf. art. R. 210-6, al. 1 et 2 ; pour la SA qui se constituerait en faisant appel public à l'épargne, c'est l'assemblée constitutive qui devrait se prononcer sur la reprise (art. R. 210-7) ; pour les SARL, cf. art. R. 210-5 ; Com. 26 avr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 496, n° 165.

de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve que ces engagements soient déterminés et que les modalités en soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société emportera reprise de ces engagements par la société (art. 6 al. 3 D. 3 juillet 1978 ; art. R. 210-5 al. 3, R. 210-6 al. 3, R. 210-7 al. 4) ¹.

Ces conditions strictes sont gênantes en pratique, mais elles permettent une protection très sûre des associés ².

3) *Reprise postérieure à l'immatriculation*. Lorsque les conditions exigées pour la reprise automatique des actes passés avant l'immatriculation n'ont pu être réunies, la reprise peut néanmoins être décidée après l'immatriculation de la société (« reprise volontaire »). Cette décision doit être prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés (art. 6 al. 4 D. 3 juillet 1978) ³.

Ces procédures de reprise sont limitatives et la Cour de cassation a nettement condamné toute reprise implicite ⁴.

79 Effets de la reprise ◇ Dès lors qu'il y a reprise des engagements conclus avant l'immatriculation, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, ceux-ci sont réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société (art. L. 210-6 *in fine*) ⁵. Cette rétroactivité est surtout intéressante sur le plan fiscal, puisque la reprise n'entraînera pas le versement de nouveaux droits d'enregistrement. En ce cas, seule la société est tenue et les personnes qui ont agi au nom de la société en formation sont évidemment déchargées de la dette ⁶.

La justification juridique de la solution n'est pas évidente. Aucune des explications doctrinales proposées n'est vraiment satisfaisante : stipulation pour autrui, application aux personnes morales de l'adage *infans conceptus pro nato habetur...*, gestion

1. Com. 14 nov. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 374, n° 85, J. F. Barbière ; *JCP E* 2007, 1145, J. Monnet ; Com. 9 oct. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 71, n° 14, M. Menjuq ; sur l'efficacité d'un mandat donné postérieurement aux actes, Com. 14 janv. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 431, n° 86, B. Saintourens ; Com. 1^{er} juill. 2008, D. 2008, p. 1993, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2008, p. 959, n° 203, J. F. Barbière ; *Rev. sociétés* 2009, p. 323, J.P. Legros.

2. Com. 3 avr. 1973, *Rev. sociétés* 1974, 90 ; *RTD com.* 1973, p. 804, n° 2 obs. R. Houin, rejetant le pourvoi contre Paris, 11 juin 1971, *JCP* 1972, II, 16981, Y. Guyon ; *RTD com.* 1972, p. 109, n° 3, obs. R. Houin ; Paris, 27 juin 1978, D. 1980, IR 162, J.Cl. Bousquet ; Lyon, 8 déc. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 173, n° 48 (dépassement de mandat).

3. Com. 6 déc. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 517, n° 103, P. Le Cannu ; D. 2006, p. 233, A. Lienhard ; Com. 31 mai 2005, *JCP E* 2005, 1795, S. Castagné ; *Dr. sociétés* 2005, 161, J. Monnet (EURL).

4. Com. 1^{er} avr. 2003, *Dr. Sociétés* 2003, n° 205, F. G. Trébulle ; Com. 17 juin 2008, *BRDA* n° 15-16 – 2008, p. 2.

5. Civ. 2^e, 18 janv. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 77, Th. Bonneau ; Com. 21 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 287, n° 47, B. Saintourens. Cf. égal. P. Frémont, *Les acquisitions immobilières des sociétés non encore immatriculées vues sous l'angle de la publicité foncière*, *JCP* 1980, I, p. 393 ; Agen 20 févr. 2008, *BRDA* n° 2 – 2009, p. 2 (application de l'art. 1843-1 C. civ.).

6. Com. 22 mai 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 702, n° 254, P. Le Cannu.

d'affaires. L'engagement pris sous condition résolutoire de la reprise par la société est peut-être la moins mauvaise explication ¹.

80 Conséquences du défaut de reprise ◇ Il peut arriver que la société ne soit pas immatriculée ², ou qu'étant immatriculée tout ou partie des actes accomplis au cours de la période constitutive ne soient pas repris. En ce cas, les personnes qui ont accompli les actes passés au nom de la société en formation ou qui ont donné mandat pour les accomplir ³ restent seules tenues envers leurs cocontractants ⁴, indéfiniment et solidairement entre elles le cas échéant (art. L. 210-6) ⁵. Cette solidarité est une garantie pour les cocontractants qui avaient pu compter sur la surface financière plus large de la société. Toutefois, les personnes responsables ne sont que celles qui ont agi personnellement pour le compte de la société en formation et non pas toutes celles qui ont participé à la constitution ⁶. Leur responsabilité ne leur confère pas la qualité de commerçant ⁷ et elles ne pourraient être de ce seul fait soumises à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ⁸.

Au cas où la société aurait profité de l'acte qu'elle n'aurait pas repris, la Cour de cassation n'admet pas qu'elle soit tenue de rembourser les frais exposés par celui qui s'était engagé, sur le fondement de la gestion d'affaires (art. 1375 C. civ.) ⁹.

1. Y. Guyon, n° 164 ; comp. G. Ripert et R. Roblot, n° 1061.

2. Par ex., Paris, 30 janv. 1997, *RJDA* 1997, p. 323, n° 512. En l'absence de reprise par la société, le contrat de travail conclu alors qu'elle était en formation est inopposable au mandataire-liquidateur de la société, Soc. 27 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 918, n° 191, B. Saintourens ; Com. 16 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1095, n° 214, R. Routier (cautionnement des dettes d'une société non immatriculée).

3. Com. 14 janv. 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 303 ; *Dr. sociétés* 1992, n° 44, p. 3, Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 1992, p. 291, n° 86, A. Cuisance (cessionnaire de parts sociales non tenu des dettes de la société en formation) ; Soc. 1^{re} févr. 2001, *JCP E* 2001, p. 895, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris, 17 mars 1998, *RTD com.* 1998, p. 343, Cl. Champaud et D. Danet (cautionnement d'un bail).

4. Com. 19 mai 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 199, Th. Bonneau.

5. Paris 30 mars 2001, *RTD com.* 2001, p. 708, Cl. Champaud et D. Danet ; C. Lopez, *La responsabilité solidaire et indéfinie des fondateurs : le sort des engagements pris au nom d'une société en formation en cas de défaut de reprise des actes par la société*, *JCP E* 1998, p. 408 ; H. Corvert, *La solidarité légale dans les sociétés de capitaux*, *Rev. sociétés* 1985, 383, spéc. n°s 4 s.

6. Com. 4 mai 1981 préc., *Rev. sociétés* 1982, 277, C. Philippe ; D. 1982, p. 482, J.-J. Daigre ; Com. 25 oct. et 15 nov. 1983, D. 1985, p. 149, Y. Chartier ; Civ. 1^{re}, 19 nov. 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 769, Y. Chartier ; *Dr. sociétés* 1997, n° 23, Th. Bonneau (personne à assigner en cas de résiliation d'un contrat). V. pour une hypothèse d'escroquerie, Paris, 20 déc. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, 229, J.-P. Marchi. La responsabilité indéfinie et solidaire n'atteindrait tous les associés que s'il y avait société créée de fait, Com. 9 nov. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 857, n° 352 ; *RTD com.* 1988, p. 455, n° 5, Y. Reinhard (*supra*, n° 76).

7. R. Micha-Goudet, *Clauses attributives de compétence dans les contrats passés au nom et pour le compte de la société en formation*, D. 1997, Chron. 121.

8. Com. 7 juill. 1981, *RTD com.* 1981, p. 844, n° 4, obs. Ph. Merle.

9. Com. 31 janv. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 801, n° 167, R. Mortier. On peut penser que la solution serait la même sur le terrain de l'enrichissement sans cause.

Afin de limiter les risques courus par les fondateurs au cas où la société ne serait pas immatriculée, il est recommandé de prévoir dans les actes passés une clause prévoyant la résolution de plein droit du contrat à défaut d'immatriculation dans un certain délai.

SECTION 2. LA VIE DE LA SOCIÉTÉ

La société ayant la personnalité morale est dotée comme tout individu des éléments qui permettent de l'identifier, de l'individualiser (sous-section 1) ¹. Elle a également comme toute personne un patrimoine (sous-section 2). Bénéficiant d'une pleine capacité juridique, elle doit cependant pour agir faire appel à des représentants personnes physiques (sous-section 3). Enfin, à l'occasion de l'exercice de son activité, sa responsabilité ne manquera pas d'être mise en jeu (sous-section 4).

SOUS-SECTION 1. L'individualisation de la société ²

§ 1. L'appellation de la société

81 Dénomination sociale ◇ Toute société doit avoir une appellation figurant dans ses statuts (art. L. 210-2). Les sociétés choisissent librement leur *dénomination sociale* qui peut être tirée de l'objet de l'entreprise, qui peut être une dénomination de fantaisie ou comporter le nom d'un ou plusieurs associés ³. La dénomination doit être précédée ou suivie immédiatement de l'indication de la forme de la société, et s'il s'agit d'une société par actions ou d'une SARL du montant de son capital social (art. L. 221-2 pour les SNC ; L. 222-3 pour les SCS ; L. 223-1 al. 3 pour les SARL ; L. 224-1 al. 1 pour les sociétés par actions).

La loi du 11 juillet 1985 a supprimé l'obligation pour les sociétés en nom collectif d'être désignées par une raison sociale, qui ne pouvait comporter que le nom de tous les associés ou le nom de l'un d'eux suivi de la mention « et compagnie » ⁴. La même solution a été étendue aux sociétés en commandite simple par la loi du 31 décembre 1989 (*infra*, n° 165).

1. L. Dumoulin, *Les droits de la personnalité des personnes morales*, *Rev. sociétés* 2006, p. 1 (en faveur d'une approche autonome).

2. F. Petit, *Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales*, *D. aff.* 1998, p. 826.

3. Cf. F. Pollaud-Dulian, *L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial*, *JCP* 1992, I, 3618 ; M. Vivant, *Le patronyme saisi par le patrimoine* in *Mélanges Colomer*, 1993, p. 517. Sur l'utilisation des signes @ et € dans les dénominations sociales, *R. M. JO déb. Ass. nat.* 29 avril 2008, p. 3663 ; *D.* 2008, p. 1335 ; *BRDA* n° 10-2008, p. 4.

4. La raison sociale subsiste pour les sociétés civiles professionnelles, art. 8 L. 29 nov. 1966.

Toutefois, le choix de la dénomination sociale ne doit pas porter atteinte aux droits que des tiers pourraient déjà avoir sur cette appellation ¹. Sinon une action de la société concurrente pourrait être intentée dès lors que le risque de confusion pourrait entraîner une perte de clientèle ².

Il est prudent, avant de choisir définitivement l'appellation, de faire une recherche auprès de l'INPI (Institut national de la propriété industrielle) qui a en mémoire la totalité des appellations de sociétés. En outre, une protection efficace peut être obtenue en déposant la dénomination adoptée comme marque de service (cf. art. L. 711-1 s. CPI) ³.

La présence du nom d'un associé dans la dénomination pose un délicat problème quand, quittant la société, celui-ci ne souhaite plus que son patronyme continue à figurer dans l'appellation sociale. La Cour de cassation a estimé dans l'affaire *Bordas* que le patronyme est devenu un signe distinctif détaché de la personne physique qui le porte pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue et qu'il est objet de propriété incorporelle ⁴. Puis, elle a précisé sa position dans l'arrêt *Ducasse*, sur le fondement des articles 1134 du Code civil et L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle : « *le consentement donné par un associé fondateur dont le nom est notoirement connu, à l'insertion de son patronyme dans la dénomination d'une société exerçant son activité dans le même domaine, ne saurait, sans accord de sa part et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce patronyme à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services* » ⁵.

1. J. Passa, *La protection de la dénomination sociale et du nom commercial par l'action en concurrence déloyale*, in *Mélanges Y. Serra*, Dalloz 2006 ; D. Lamethe, *Conflits entre dénomination de sociétés*, *RTD com.* 1978, 67 ; M. Dagot, *Le nom des personnes morales*, *JCP* 1992, I, 3579 ; Paris, 5 oct. 1989, *Rev. sociétés* 1990, 78, Y.G. (aff. *Benneton*) ; Paris, 11 oct. 1990, *Rev. sociétés* 1991, 393, Y.G. ; *RTD com.* 1991, p. 393, n° 2, Cl. Champaud (Carol Révillon).

2. Com. 3 avr. 1979 (aff. *Kenwood*), *Bull. civ.* IV, n° 122, p. 96 ; Com. 16 juill. 1991 *RJDA* 1991, n° 922 (risque de confusion phonétique) ; Paris, 16 mars 1995, *RJDA* 1995, n° 985, p. 775 (absence de confusion entre la société *NRJ* et la société *Énergie Interim*).

3. Com. 4 juill. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 143, n° 16, P. Scholer.

4. Com. 12 mars 1985, *JCP* 1985, II, 20400, concl. Montanier, note crit. G. Bonet ; D. 1985, p. 471, J. Ghestin ; Com. 27 févr. 1990, (*Mazenod*) *JCP G* 1990, II, 21545, F. Pollaud-Dulian ; A. Viandier, *Les conflits entre cédant et cessionnaire relatifs au nom*, *RJ com.* 1995, p. 1. Com. 3 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 159, n° 42, A. Cuisance. Rapp. Com. 16 juin 1987 (*Maisonneuve*) *Bull. civ.* IV, n° 152, p. 116 ; Com. 5 janv. 1988 (*Pierre Balmain*) *Bull. civ.*, IV, n° 6, p. 4. Cf. à propos de la Banque Rothschild devenue l'Européenne de Banque après sa nationalisation en 1982, M. de Juglart, *Raison sociale et nationalisation*, *JCP* 1983, I, 3112 et Paris, 22 juin 1988 (*Banque Worms*) *Bull. Joly* 1988, p. 761, n° 240, E. Landon. Adde Cl. Colombet, *Le nom et les propriétés incorporelles*, D. 1989, Chron. 31 ; Y. Reboul, *Nom patronymique, nom commercial et marque*, *JCP E suppl.* 4/89, p. 28 ; Paris, 29 oct. 1990 (*Dormeuil*) *Bull. Joly* 1991, p. 46, n° 7, J. Derupé ; Com. 21 avr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 621, n° 201 (concurrence déloyale de la part du cédant qui utilise son nom dans une nouvelle société) ; Com. 13 juin 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 51, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1996, p. 65, G. Parléani (*Petrossian*) ; Com. 12 juin 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1277, n° 333, J. Cl. Hallouin (EURL) ; Paris 4 juill. 2001 (*Gruss*) D. 2002, p. 1131, S. Durrande (conditions de l'art. L. 713-6 C. prop. intel.). Comp. en matière de SCP, Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 153, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1997, p. 810, G. Parléani ; *Bull. Joly* 1997, p. 949, n° 341, J.-J. Daigre.

5. Com. 6 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 921, n° 192, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 2003, p. 548, G. Parléani ; D. 2003, p. 2228, G. Loiseau ; *RTD com.* 2005, p. 346, Cl. Champaud et D. Danet. Le

Lorsque l'appellation est modifiée au cours de la vie sociale, les dispositions concernant les modifications statutaires doivent être respectées, et les formalités de publicité effectuées ¹.

§ 2. Le siège social ²

82 Intérêts pratiques ◇ Toute société doit avoir un siège social, qui est mentionné dans les statuts (art. L. 210-2) et sur tous les documents commerciaux (art. R. 123-237) ³. Lorsque la société est assignée en justice, elle doit l'être devant le tribunal du lieu où elle est établie ⁴ (art. 43 CPC) sous réserve de l'application de la jurisprudence des « *gares principales* » ⁵. Le siège social permet également de déterminer le lieu où doivent être accomplies les formalités légales de publicité, la loi applicable à la société (art. L. 210-3 al. 1) et sa nationalité (*infra*, n° 86).

Les dispositions de la CEDH sur la protection du domicile sont applicables, *mutatis mutandis*, au siège social d'une société. En conséquence, les perquisitions effectuées par la direction générale de la concurrence doivent être regardées comme constituant une ingérence dans le droit des sociétés au respect de leur domicile ⁶.

83 Caractéristiques ◇ Le siège social est situé au lieu du principal établissement, là où se trouvent les organes de direction et les services administratifs,

nom doit être notoirement connu sur l'ensemble du territoire national, Com. 24 juin 2008, (*aff. Beau*), *Bull. Joly* 2008, p. 953, n° 201, G. Loiseau.

1. Le changement de dénomination sociale n'entraîne évidemment pas la création d'une personne morale nouvelle, Com. 3 janv. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 295, n° 101, J. Cl. Hallouin ; *Dr. sociétés* 1996, n° 71, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1996, p. 273, Y.G.

2. S. Boulain, *Le siège social*, Thèse Paris II, 1985.

3. Toute contravention à cette obligation est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe (R. 123-237 *in fine*).

4. Civ. 2^e, 27 mai 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 599, Y.G. ; Paris 22 mars 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1112, n° 250, J. Cl. Bahans (irrecevabilité d'une EURL n'ayant pas indiqué son véritable siège dans ses conclusions d'appel).

5. La société peut ainsi être assignée devant le tribunal dans le ressort duquel une de ses succursales est installée, *cf.* M. Pédamon, n° 36 ; Paris, 16 févr. 1994 *Bull. Joly* 1994, p. 503, n° 150, J.-J. Daigre (conditions d'application de cette jurisprudence) ; Paris, 9 nov. 1994, *RTD com.* 1996, Cl. Champaud et D. Danet ; Civ. 3^e, 13 nov. 1996, *RJDA* 1997, p. 225, n° 356. Cependant en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires est seul compétent le tribunal dans le ressort duquel le débiteur a le siège de son entreprise ou, à défaut de siège en territoire français, le centre principal de ses intérêts en France (art. R. 600-1 ; *cf.* par ex. T. com. Nanterre 19 mai 2005, *aff. Rover*, D. 2005, p. 1787, R. Damman).

6. CEDH 16 avr. 2002 (*aff. Colas*) *Bull. Joly* 2002, p. 953, n° 214, N. Mathey ; D. 2003, p. 527, C. Birsan. Comp. antérieurement, CJCE 17 oct. 1989, *JCP E* 1990, II, 15776, C. Boutard-Labarde et L. Vogel (recherche de pratiques anticoncurrentielles), *contra* Crim. 23 mai 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 109, B. Boulloc (condamnation pour violation du domicile d'une personne morale). *Cf.* N. Mathey, *Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé*, *RTD civ.* 2008, p. 205.

le centre de la vie juridique de la société ¹. Il est donc souvent distinct du lieu d'exploitation.

Si le siège indiqué dans les statuts ne correspond pas au lieu où la société a son principal établissement, le siège est *fictif*, subterfuge souvent utilisé pour bénéficier, outre-mer par exemple, d'un régime fiscal plus favorable ², ou d'aides à la création d'entreprise. Lorsque la fictivité du siège est établie, les tribunaux ont un pouvoir souverain pour déterminer le siège réel ³. Les tiers ont une option : ils peuvent choisir entre le siège statutaire fictif et le siège réel (art. L. 210-3 al. 2 ⁴). Mais la société ne peut pas opposer son siège statutaire aux tiers si son siège réel est situé dans un autre lieu (*id.*).

La décision de *transfert* du siège social ⁵ doit être prise dans les conditions prévues pour les modifications statutaires ⁶ et faire l'objet des mesures de publicité pour être opposable aux tiers ⁷. Mais si le transfert s'effectue à l'étranger et entraîne un changement de nationalité, l'accord unanime des associés est en principe exigé (*infra*, n^{os} 85 s.) ⁸.

Il a été jugé dans l'affaire *Centro* qu'en application du principe de liberté d'établissement au sein de l'Union européenne, les autorités d'un État membre (le Danemark) ne sauraient refuser l'immatriculation de la succursale d'une société constituée dans un autre État membre (le Royaume-Uni) dans lequel elle a son siège social,

1. Par ex. Com. 16 déc. 1958, *Bull. civ.* III, n^o 428, p. 370 ; Paris, 28 oct. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 84, n^o 12. Une boîte postale ne peut pas être le siège d'une société, Paris 5 déc. 2007, *BRDA* n^o 3-2008, p. 5 (irrecevabilité des conclusions d'appel).

2. Sur la prise en compte par le juge fiscale de la fictivité d'une société, *supra* n^o 46.

3. Com. 12 déc. 1972, *Bull. civ.* IV, n^o 331, p. 307.

4. Com. 23 févr. 1993, *RJDA* 1993, p. 546, n^o 618. Pour sa part, le *droit fiscal* (art. 218 A CGI) offre au fisc la possibilité de déroger au critère de base qui est celui du principal établissement et de préférer retenir, soit le lieu où se situe le siège social, soit le lieu à partir duquel est assurée la direction effective de la société. La loi est muette sur les conditions dans lesquelles peut s'opérer cette dérogation. La jurisprudence est assez pauvre ; CAA Paris 2 juill. 1991, *SA Romantic Music Corporation*, *Bull. Joly* 1991, p. 956, n^o 341 (siège social à New York, mais siège réel à Paris où se situaient le principal établissement, les organes de direction et les services administratifs) ; CE 30 sept. 2002, *SA Catef*, *Bull. Joly* 2003, p. 211, n^o 46, obs. C. Nouel (le lieu de direction effective est celui où était tenue la comptabilité, gérés les comptes bancaires et sociaux, établie la facturation et systématiquement retourné le courrier adressé au siège parisien).

5. Cf. bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1997, p. 427.

6. Rouen, 13 juin 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 258, n^o 70, J.-F. Barbière (abus de minorité). Dans les SA cependant, le conseil d'administration (ou de surveillance) est habilité à transférer le siège social dans le même département ou dans un département limitrophe, sous réserve de ratification par l'assemblée générale ordinaire (*infra*, n^o 396). V. égal. *Le transfert du siège social dans les SARL*, *Bull. Joly* 1983, p. 895 (*infra*, n^o 216).

7. Com. 2 déc. 1980, *Bull. civ.* IV, n^o 405, p. 325 ; rapp. Com. 25 févr. 1981, *Bull. civ.* IV, n^o 110, p. 83. V. sur les *transferts fictifs* opérés à la veille d'un dépôt de bilan, par ex. Com. 8 mars 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 287, A. Honorat (fraude aux droits des créanciers) et la réaction opérée par le décret du 29 mai 1989 prévoyant qu'en cas de changement de siège social dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent (art. 12 ; cf. obs. Ph. Merle, *RTD com.* 1989, p. 535, n^o 3).

8. Cf. M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997, préf. P. Le Cannu. Sur le transfert du siège social des sociétés étrangères en France, cf. W. Le Bras, *Bull. Joly* 1983, p. 795.

mais n'y exerce aucune activité, même si cette société n'a été constituée à l'étranger qu'afin d'échapper aux règles concernant le montant minimal et la libération du capital de l'État dans lequel elle entend exercer son activité ¹. L'arrêt *Cartesio* ² a facilité la mobilité des sociétés dans l'espace européen. Il a en effet décidé qu'en l'état actuel du droit communautaire, les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée.

84 Domiciliation ³ ◇ Normalement, le siège social est fixé dans les locaux dont la société a la jouissance privative. Cependant, afin de faciliter la création des entreprises, la loi du 21 décembre 1984 et le décret d'application du 5 décembre 1985 ont assoupli leurs conditions de domiciliation ⁴. La loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 est venue rendre encore plus facile la domiciliation ⁵. Toute personne morale demandant son immatriculation doit justifier de la jouissance du ou des locaux où elle installe, seule ou avec d'autres, le siège de l'entreprise (art. L. 123-11).

— **La domiciliation peut être collective** ⁶ : plusieurs sociétés ont un siège social commun. Cette domiciliation est autorisée dans les conditions fixées par l'article R. 123-168, qui précise notamment les équipements ou services requis pour justifier la réalité du siège de la société (art. L. 123-11 al. 2). Afin d'empêcher que les sociétés ne domicilient leur siège dans des centres de domiciliation qui ne sont que de simples « boîtes aux lettres » où les

1. CJCE 9 mars 1999 (*aff. Centro*), *Bull. Joly* 1999, p. 705, n° 157, J.-P. Dom ; *Rev. sociétés* 1999, p. 386, G. Parléani ; *Dr. sociétés* 1999, n° 181, D. Vidal. Sur ce *law shopping* communautaire, cf. M. Menjucq, *Transfert international de siège social : état du droit positif*, *JCP E* 1999, p. 1617 ; *Réflexion critique sur la proposition de 14^e directive relative au transfert intra-communautaire de siège social*, *Bull. Joly* 2000, p. 137, n° 26 ; La marge de manœuvre laissée à l'État du siège réel a été réduite par deux arrêts postérieurs de la CJCE, des 5 nov. 2002 (*Überseering*) *JCP* 2003, II, 10032, M. Menjucq et 30 sept. 2003 (*Inspire Act*) *D.* 2004, p. 491, E. Pataut. Sur les possibilités offertes par la société européenne, *supra*, n° 20-1.

2. CJCE (Grande chambre) 16 déc. 2008, *D.* 2009, p. 465, R. Kovar ; *JCP G* 2009, II, 10027, M. Menjucq ; *Bull. Joly* 2009, p. 593, n° 121, R. Damman ; *Rev. sociétés* 2009, p. 147, G. Parléani ; R. Damman, L. Wynaends et R. Nader, *La renaissance inattendue de la théorie du siège réel*, *D.* 2009, p. 575 ; A. S. Cornette de Saint-Cyr, *Le transfert de siège social*, *JCP E* 2009, 1286.

3. Y. Reboul, *L'opération de domiciliation des sociétés*, *Rev. sociétés* 1975, 391 ; *La domiciliation commerciale*, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1981, 5/6, p. 2 ; F. Pasqualini, *La domiciliation des sociétés : un espace de liberté placé sous surveillance*, *Rev. sociétés* 1987, p. 569 ; Paris, 23 mars 1989, *RTD com.* 1989, p. 644, n° 4, J. Derruppé ; Paris, 19 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 759, n° 245, Y. Reboul ; Paris, 8 janv. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 474, n° 135, Y. Reboul ; Versailles, 16 sept. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 874, Y. Guyon (siège fictif).

4. J. Derruppé, *RTD com.* 1985, p. 292, n° 1, et 1986, p. 69, n° 4 ; Y. Guyon et G. Coquereau, *JCP E* 1985, 14330, p. 149, n° 1. Cf. égal. art. 11, L. 2 juill. 1998 (DDOEF) prévoyant que des sociétés pratiquant une activité nouvelle (télétravail, commerce électronique...) peuvent s'installer dans un logement d'habitation (R.M. JO déb. AN 22 févr. 1999, p. 1114 ; *JCP E* 1999, p. 446).

5. V. circ. du garde des Sceaux civ. 2004-06 D1, 14 juin 2004, *BO Justice* 94/04 ; *BRDA* n° 3-2005, p. 20 ; *JCP E* 2004, 1905.

6. Ch. Hannoun, *La domiciliation collective d'un groupe de sociétés*, *Bull. Joly* 1994, p. 922, n° 245.

dirigeants sociaux sont injoignables, un décret du 9 mai 2007 est venu renforcer les obligations pesant sur ces centres domiciliaires (cf. art. R. 123-168 et R. 123-169-1).

– **La domiciliation peut être individuelle.** La société est autorisée à installer son siège au domicile de son représentant légal, sans limitation de durée, sauf dispositions législatives ou stipulations contractuelles contraires (art. L. 123-11-1 al. 1) ¹. Dans cette hypothèse, le siège social peut quand même être installé, mais pour une durée ne pouvant ni dépasser cinq ans ni dépasser le terme légal, contractuel ou judiciaire de l'occupation des locaux (cf. art. L. 123-11-1 al. 2 et s.) ².

– Depuis la loi pour l'initiative économique, les représentants légaux des personnes morales peuvent exercer une activité professionnelle, y compris commerciale, dans une partie d'un local à usage d'habitation, dès lors que cette activité n'est exercée que par l'occupant ayant sa résidence principale dans ce local et ne conduit à y recevoir ni clientèle ni marchandises (art. L. 631-7-3 CCH).

§ 3. La nationalité ³

85 Existence et rôle de la nationalité ◇ « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? » La question posée par Niboyet dans un article célèbre ⁴ reste d'actualité. Pour exprimer le lien entre une société et un État, il est commode de parler de la nationalité de la société, comme on parle de la nationalité d'une personne physique. Mais la notion est beaucoup plus relative ; et il est désormais admis qu'elle est moins homogène que celle des personnes physiques ⁵.

En tout cas, la reconnaissance légale de la nationalité des sociétés n'est pas douteuse dans les textes de 1966, où le pouvoir est reconnu aux associés de changer la nationalité des sociétés (cf. art. L. 222-9 ; L. 223-30 al. 1^{er} ; L. 225-97).

De fait, il est du plus grand intérêt de déterminer la nationalité d'une société pour savoir quelle loi lui est applicable afin de fixer son statut juridique (règles de constitution, de fonctionnement...) ⁶. En outre, lorsque

1. R.M. JO déb. Sénat 7 juill. 2005, p. 1834 ; *Bull. Joly* 2005, p. 900, n° 204 (difficultés d'applications à Paris).

2. R. M. JO déb. Sénat 30 avril 2009, p. 1070 ; *JCP E* 2009, 1513.

3. L. Lévy, *La nationalité des sociétés*, préf. B. Goldman, LGDJ, 1984 ; Y. Loussouarn, *Nationalité des sociétés et communauté économique européenne*, *RJ com.* 1990, p. 145.

4. *Rev. DIP* 1927, 402.

5. Cf. J. Frossard, *Un vide législatif : la nationalité des sociétés*, *D.* 1969, Chron. 9.

6. Sur la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux, *Com.* 21 déc. 1987, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 346, Jobart-Bachelier ; *Rev. sociétés* 1988, p. 398, H. Synvet ; *Com.* 9 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 589, n° 208, L. Faugérolas ; *Rev. sociétés* 1991, p. 746, R. Libchaber ; *RTD com.* 1991, p. 402, Y. Reinhard ; *Com.* 19 mai 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 758, n° 244, L. Faugérolas ; *Com.* 8 déc. 1998, *D. Aff.* 1999, p. 345, M. Boizard. Sur la capacité d'une société étrangère d'ester en justice, *Com.* 8 juill. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1179, n° 243, M. Menjucq ; *Dr. sociétés* 2004, n° 1,

certains droits sont réservés aux nationaux français la détermination de la nationalité sera décisive.

86 Critères ◇ Quatre critères sont généralement proposés pour rattacher une société à un État :

- celui du *centre d'exploitation*, qui crée cependant plus de difficultés qu'il ne permet d'en résoudre, notamment lorsqu'il y a plusieurs sites ;
- celui du *siège social* (*supra*, n° 83) qui n'est toutefois pas toujours satisfaisant, notamment en période de guerre où la société située en France peut se trouver appartenir à l'ennemi et gérée par lui ;
- celui du *contrôle*, qui ne tient pas compte du siège de la société, mais de la nationalité de ceux qui ont apporté les capitaux ou qui la dirigent ;
- celui de l'« *incorporation* » ; critère d'origine anglo-saxonne qui rattache la société au pays selon la loi duquel elle a été constituée et où elle a été enregistrée afin d'obtenir la personnalité morale, même si son siège réel est situé dans un autre pays.

Le Traité d'Amsterdam, en matière de droit d'établissement, a retenu des critères très larges puisque « *les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, sont assimilées... aux personnes physiques ressortissant des États membres* » (art. 48 al. 1 ; anc. art. 58 al. 1).

Deux de ces critères, celui du siège social et celui du contrôle, sont utilisés par le droit français, ce qui n'est pas en contradiction avec la position du Tribunal des conflits qui a décidé que la nationalité des sociétés « *n'étant définie par aucun texte général... ne peut être déterminée qu'au regard des dispositions législatives ou réglementaires dont l'application... est en cause* » ¹.

La distinction est la suivante :

1) Concernant la *loi applicable* à la société, c'est le critère du *siège social* qui est retenu : les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française (art. L. 210-3 al. 1^{er} ; comp. art. 1837 al. 1^{er} C. civ.) ². Le siège social doit être sérieux et réel. S'il était fictif, les tiers, en particulier le fisc, auraient le choix entre le siège statutaire et le siège réel (art. L. 210-3 al. 2) ³.

F. G. Trébulle (les dispositions de la CEDH ont une valeur supérieure à la loi du 30 mai 1857 subordonnant le droit d'agir des sociétés étrangères à une autorisation délivrée par décret, loi qui devrait être abrogée selon le Rapport de la Cour de cassation pour 2003). Sur la personnalité morale d'un *partnership*, Paris, 7 sept. 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 789, Y.G.

1. (Aff. *Mayol, Arbona et Cie*) 23 nov. 1959, *JCP* 1960, II, 11430, P. Aymond ; *D.* 1960, p. 223, R. Savatier *Rev. crit. DIP* 1960, 180, Y. Loussouarn.

2. Cf. Ass. Plén. 21 déc. 1990, *D.* 1991, p. 305, concl. H. Dontenwille (pour une société, la nationalité résulte, en principe, de la localisation de son siège réel, défini comme le siège de la direction effective et présumé par le siège statutaire).

3. Paris 4 oct. 2007, *RTD com.* 2008, p. 116, Cl. Champaud et D. Danet ; *supra* n° 83 (sur l'appréhension par le juge fiscal du siège « réel »).

2) Concernant la *jouissance de certains droits réservés aux nationaux français*, lorsqu'il n'y a pas de précision particulière dans le texte applicable, la *jurisprudence* retient à titre principal le critère du siège social :

« Attendu que la cour d'appel... relève que la société locataire a, en France, son siège social, ses établissements principaux, sa direction et son exploitation, et en déduit, à bon droit, qu'il s'agit d'une société française bénéficiant du statut des baux commerciaux... » ¹.

Cependant, dans des situations exceptionnelles, notamment pour résoudre certaines difficultés liées à l'état de guerre, le critère du contrôle, plus protecteur des intérêts nationaux, est utilisé ².

Souvent, des *dispositions légales ou réglementaires* réservent dans des secteurs sensibles certains droits aux nationaux français, en fonction du critère du contrôle, et précisent qu'il convient de se référer à la nationalité des associés, des dirigeants ou à l'origine des capitaux, combinant quelquefois ces critères entre eux.

Voir par exemple pour les entreprises de transport aérien, art. R. 330-2 du Code de l'aviation civile ; pour les sociétés propriétaires de navires, L. 3 janv. 1967, art. 3 ; pour les sociétés concessionnaires de services publics, D. L. 12 nov. 1938, art. 2 ; pour les entreprises de presse, L. 1^{er} août 1986, art. 7.

La loi du 11 février 1982 a également utilisé le critère du contrôle pour faire échapper à la nationalisation les banques de dépôt ayant leur siège social en France et dont la majorité du capital était détenue par des étrangers (art. 12).

87 Changement de nationalité ◇ Il est exceptionnel qu'une société change de nationalité, sauf modification dans le contrôle lorsque ce critère est appliqué. Cependant, si la société décidait de transférer son siège social à l'étranger, la décision entraînant changement de nationalité devrait être prise à l'*unanimité* des associés (art. L. 222-9, L. 223-30). Toutefois, dans les sociétés anonymes et en commandite par actions, la décision pourrait être prise en assemblée générale extraordinaire, aux conditions de droit commun, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique (art. L. 225-97, L. 226-1 al. 2).

En cas de changement de nationalité du territoire sur lequel la société a son siège (pays accédant à l'indépendance), la société se trouve en principe soumise aux lois de la nouvelle souveraineté ³.

1. Civ. 3^e, 10 mars 1976 (aff. *Shell française*), *Rev. sociétés* 1977, 305, J.-L. Bismuth. La Cour de cassation relève également l'exploitation effective en France. Cf. sur la nécessité de ce lien économique, L. Lévy, préc., n^{os} 214 s.

2. Civ. 21 nov. 1956, *RTD com.* 1957, p. 220, n^o 1, obs. Y. Loussouarn (mise sous séquestre des biens d'une société).

3. Comp. Civ. 1^{re}, 30 mars 1971 (2 arrêts), *JCP* 1972, II, 17101, 17140, B. Oppetit ; *Rev. crit. DIP* 1971, 451, P. Lagarde (à l'occasion de l'indépendance de l'Algérie).

87-1 Conséquences fiscales du changement de nationalité ¹ ◇ Au regard des droits d'enregistrement, le changement de nationalité équivaut à une création de société nouvelle. À défaut d'acte signé en France, seuls les biens dont l'assiette juridique ou matérielle est située en France sont pris en compte pour la liquidation des droits.

En ce qui concerne l'impôt sur les sociétés, le changement de nationalité est traité en principe comme une cessation d'entreprise (art. 221-2 al. 1 et 201, 1 et 3, CGI), ce qui entraîne, d'une part l'imposition immédiate de la société sur ses bénéfices en sursis d'imposition, d'autre part l'imposition des associés sur l'intégralité des bénéfices et des réserves de la société, alors réputés distribués à concurrence de leur participation dans le capital social ², sauf convention spéciale (art. L. 225-97 C. com.) existant entre la France et le pays d'accueil permettant ces opérations et conservant à la société sa personnalité juridique (art. 221-3 CGI) ³.

Ce dispositif soulevait la polémique au regard de la liberté d'établissement posée par le droit communautaire et s'avérait incompatible avec le règlement ayant institué la société européenne (SE). Aussi, le législateur a-t-il adopté une disposition supprimant l'imposition immédiate des bénéfices en sursis d'imposition et des plus-values latentes pour les sociétés françaises qui transfèrent leur siège dans un autre État de l'Union européenne (art. 221-2 al. 2 CGI).

88 Sociétés internationales et multinationales ◇ Les seules sociétés à ne pas être rattachées à une loi nationale déterminée sont les *sociétés internationales*, instituées par des conventions internationales (par ex. la BIRD, *Banque internationale pour la reconstruction et le développement* ; l'Union charbonnière Sarre-Lorraine, SAARLOR ; le SAS, *Scandinavian Air System*) ⁴.

Les *sociétés multinationales* (transnationales, plurinationales) sont constituées d'une société mère et de filiales implantées dans plusieurs pays et ont souvent une puissance économique considérable (IBM, Nestlé, Unilever, General Electric...). Il n'en demeure pas moins que la société mère et chacune des filiales ont leur propre nationalité, la nationalité des filiales pouvant

1. Cf. M. Menjucq, *Réflexion critique sur la proposition de 14^e directive relative au transfert intracommunautaire de siège social*, Bull. Joly 2000, p. 137, n° 26, spéc. p. 139, et *La mobilité des entreprises*, Rev. sociétés 2001, p. 213 ; M. Pariente, *Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union*, Bull. Joly 2002, p. 21, n° 2, spéc. p. 27 ; H. Le Nabasque, *L'incidence des normes européennes sur le droit français applicable aux fusions et au transfert de siège social*, RTD com. 2005, spéc. n°s 10 s.

2. CE 19 mars 1986, *Nouvelle Calédonie*, RJF 5/86, n° 505 ; 30 juin 1995, *Gouvernement de la Polynésie française*, RJF 8-9/95, n° 1004 et chr. G. Goulard RJF 10/95, p. 639 ; CAA Lyon, 20 oct. 1999, *Cordier et Monnet*, RJF 2/00, n° 169 ; 5 févr. 2001, *Zucchet*, RJF 4/01, n° 459 ; 30 déc. 2002, *Cordier et Monnet*, RJF 3/03, n° 375 ; Dr. fisc. 2003, n° 11, comm. 202, concl. S. Austry. Sur le régime fiscal de la cessation d'entreprise, *infra*, n° 127 ; sur celui de la transformation de société, *infra* n° 104.

3. Cette hypothèse reste purement théorique, un unique traité, conclu avec l'Éthiopie en 1959, la prévoyant. Seule l'adoption du projet de 14^e directive relative au transfert intra-communautaire de siège social permettrait aux sociétés françaises de sortir de cette impasse. Face à cette impasse du droit communautaire, la Cour de Luxembourg s'est reconnue impuissante : CJCE 27 sept. 1988, *Daily Mail*, RTD eur. 1989, p. 260, obs. L. Cartou.

4. Y. Loussouarn et J.-D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey 1969, n°s 304 s.

cependant être celle de la société mère en cas de siège fictif ou en application des critères du contrôle ¹.

§ 4. Commercialité de la société

89 **Critères** ² ◇ La qualité, civile ou commerciale, d'une société est un élément de son individualisation. Selon l'article L. 210-1 al. 1, le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Le premier critère est essentiel :

– Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions (art. L. 210-1 al. 2).

Une société anonyme d'experts-comptables, de commissaires aux comptes est donc commerciale, malgré l'activité civile exercée ³. V. également pour les sociétés d'exercice libéral (SEL) *supra*, n° 10.

– Les sociétés qui ne revêtent pas l'une de ces formes peuvent être **commerciales par leur objet**. Il convient alors de se référer aux articles L. 110-1 et L. 110-2 pour déterminer les activités commerciales (achat pour revendre, location de meubles, entreprise de manufacture, commission, transport, fournitures, agence, bureaux d'affaires ; change, banque, courtage, opérations maritimes...). En revanche, constituent des activités civiles, l'agriculture, l'exploitation d'un établissement d'éducation, l'exercice d'une activité libérale...

L'objet va donc seulement permettre de déterminer si telle société en participation ou créée de fait, tel groupement d'intérêt économique doit être qualifié de commercial ou non ⁴.

Une difficulté particulière se rencontre pour la société civile qui, en fait, se livre à une activité commerciale à titre principal. Ces actes sont contraires à l'objet social, par hypothèse civil, et l'on considère généralement les associés comme des membres d'une société commerciale créée de fait, tenus indéfini-

1. Cf. notamment B. Oppetit, *Les sociétés multinationales et les États nationaux*, in *Mélanges D. Bastian*, préc., T. I, p. 161 ; H. Synvet, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, Thèse Rennes, 1979 ; J.-P. Laborde, *Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque*, in *Mélanges J. Derrupé* 1991, p. 49.

2. B. Mercadal, *Le critère de distinction des sociétés civiles et commerciales*, RTD com. 1982, 511.

3. W. Jeandidier, *L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et forme commerciale*, D. 1979, Chron. 7 ; A. Dekeuwer, *Le problème des rapports entre la forme et l'objet de la société*, JCP CI 1977, 12392.V. par ex. Paris, 23 juin 1987, *Rev. sociétés* 1988, 293, Y.G. (société commerciale par la forme, civile par son objet, ne pouvant bénéficier du décret du 30 sept. 1953, faute d'exploiter un fonds de commerce). Sur la compétence des tribunaux civils, en cas de redressement judiciaire d'une SELAFA d'avocats, Paris, 6 juill. 1994, JCP E 1994, II, 598, J.-J. Daigre ; *Bull. Joly* 1994, p. 1006, n° 272, M. Jeantin.

4. Sur l'importance de l'activité effective, Civ. 3^e, 5 juill. 2000, RJDA 2000, p. 796, n° 1001.

ment et solidairement des dettes (art. 1873, 1872-1 al. 2 C. civ. ; *infra*, n° 617) ¹.

90 Conséquences ◇ Bien qu'un rapprochement très net se soit instauré entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales (*supra*, n° 11) des effets importants n'en demeurent pas moins attachés à la commercialité puisque la société est soumise aux mêmes droits et obligations que les commerçants personnes physiques : bénéfice de la « propriété commerciale » ², tenue d'une comptabilité, compétence des tribunaux de commerce... Quant aux actes accomplis par la société, même civils par nature, ils sont des actes de commerce dès lors qu'ils ont été conclus pour les besoins de son activité et entrent dans l'objet social (sauf s'il s'agit d'actes ayant trait à la propriété immobilière) ³. Aux termes de l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce, les tribunaux de commerce sont compétents pour statuer sur les contestations relatives aux sociétés commerciales ⁴, en particulier sur les litiges nés à l'occasion d'une cession de titres ⁵.

Cette solution n'a qu'un effet limité à la compétence juridictionnelle. Lorsque la cession n'emporte pas contrôle de la société, les règles relatives aux obligations commerciales ne s'appliquent pas, notamment en ce qui concerne la preuve et la solidarité (v. *infra*, n°s 219, 654) ⁶.

SOUS-SECTION 2. Le patrimoine de la société

91 Patrimoine social et capital social ◇ Toute société dotée de la personnalité morale a un patrimoine propre, distinct de celui des associés. Il

1. Rappr. à propos d'un GIE, Orléans, 9 nov. 1972, JCP 1973, II, 17508, Y. Guyon.

2. Sur la compétence du tribunal de commerce pour connaître d'un litige entre sociétés commerciales portant sur un bail commercial, Civ. 2°, 25 janv. 1989, RTD com. 1989, p. 650, n° 2, M. Pédamon.

3. Par ex. Com. 19 nov. 1956 (2 arrêts), Gaz. Pal. 1957, I, 203 (baux d'immeuble passés par des sociétés anonymes) ; Com. 10 mars 1998, Bull. Joly 1998, p. 665, n° 225, J.-J. Daigre ; Rev. sociétés 1998, p. 307, J.-F. Barbière (contentieux portant sur un acte civil).

4. Com. 14 févr. 2006, Rev. sociétés 2006, p. 787, B. Saintourens.

5. Com. 10 juill. 2007, D. 2007, p. 2041, A. Lienhard ; D. 2008, p. 518, D. Thevenet-Montfrond ; Rev. Sociétés 2007, p. 793, B. Saintourens ; RTD com. 2007, p. 783, P. Le Cannu et B. Dondero ; Bull. Joly 2007, p. 1242, n° 328, D. Porraccia ; JCP E 2007, 2383, J. P. Legros (litige n'opposant pas les parties à la cession à propos d'une clause de non concurrence) ; Com. 12 févr. 2008, D. 2008, p. 612, A. Lienhard ; Bull. Joly 2008, p. 485, n° 104, J. F. Barbière ; RTD com. 2008, p. 358, P. Le Cannu et B. Dondero (litige entre les parties à la cession). Pour un litige entre associés étrangers, le juge compétent est celui du siège social, Versailles, 9 mars 1990, Dr. sociétés 1990, n° 279 ; CJCE 10 mars 1992, Bull. Joly 1992, p. 767, n° 247, J.-B. Blaise (clause statutaire attributive de juridiction et Convention de Bruxelles). Sur les limites à l'application de la jurisprudence des « gares principales », Civ. 2°, 29 janv. 1992, Rev. sociétés 1992, p. 42, Y. Chartier ; Paris, 16 févr. 1994, RJDA 1994, p. 735, n° 927.

6. V. égal. le nouvel article 2061 C. civ. modifié par la loi NRE du 15 mai 2001 : « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

comprend l'ensemble des droits et obligations de la société à un moment donné dans la vie de la société. Il est donc essentiellement variable.

Le patrimoine social ne doit pas être confondu avec le capital social qui représente le montant des apports mis à la disposition de l'entreprise par les associés. Le *capital social* a longtemps été considéré comme le gage minimum des créanciers ¹. Il peut être augmenté en cours de vie sociale par de nouveaux apports ou une incorporation de réserves. Plus rarement, il peut être réduit. Le capital social est relativement fixe.

Pour bien marquer l'*autonomie du patrimoine social*, il convient de l'apprécier par rapport aux associés et vis-à-vis des tiers.

92 Associés et autonomie du patrimoine social ◇ La société, personne morale, est titulaire du patrimoine social. Les associés ne sont pas copropriétaires des biens qui ont été apportés. Ils ne sont titulaires que de droits sociaux (parts sociales ou actions) comportant des droits pécuniaires (droit aux bénéfices, au *boni* de liquidation...) et extra-pécuniaires (droits d'accès aux assemblées, de vote, à l'information...). Ces droits sociaux sont toujours de nature mobilière, même si la société ne possède que des immeubles (art. 529 C. civ.). Si la société tombe en cessation des paiements, le redressement ou la liquidation judiciaire ne s'applique qu'à elle (sur l'évolution pour les associés en nom collectif, V. *infra*, n° 153).

Cette séparation des patrimoines est souvent mal comprise par les associés qui ont fondé la société et qui en détiennent la quasi-totalité des parts ou actions ².

Spécialement, l'entrepreneur individuel qui « s'est mis en société » a tendance à confondre volontiers son patrimoine personnel et le patrimoine social. Le rappel à l'ordre est douloureux quand il se traduit par une condamnation pénale pour abus de biens sociaux (art. L. 241-3 et L. 242-6) ³ ou une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (art. L. 651-2). Cette confusion est particulièrement à craindre dans les EURL et les SASU.

93 Créanciers et autonomie du patrimoine social ◇ Les *créanciers sociaux* ont un droit de gage exclusif sur le patrimoine social par rapport aux créanciers personnels des associés.

En outre, dans les sociétés de personnes, les créanciers sociaux ont également un droit de gage sur le patrimoine de chacun des associés tenus indéfiniment et solidai-

1. V. pour une condamnation de cette conception, P. Le Cannu, *Les rides du capital social*, in *Quel avenir pour le capital social* ? Dalloz 2004, p. 3.

2. Com. 22 mai 1991, Bull. Joly 1991, p. 721, n° 260, J.-F. Barbiéri.

3. M. Dagot et C. Mouly, *L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction des personnes morales)*, *Rev. sociétés* 1988, 1 ; par ex. Crim. 21 août 1991, RJDA 1991 n° 1032, p. 868 ; Crim. 3 févr. 1992, RJDA 1992, n° 709, p. 582 (règlement d'amendes, personnellement infligées au dirigeant pour contravention au code de la route, par la trésorerie de l'entreprise). V. *infra*, n° 416-1.

rement en cas de carence de la personne morale (de même pour les groupements d'intérêt économique, *infra*, n° 630).

Quant aux *créanciers personnels* des associés, ils n'ont aucun droit sur le patrimoine social ¹. Ils ne pourraient saisir que les parts ou actions des associés qui sont leurs débiteurs, ainsi que les sommes que la société peut devoir à ses associés.

Il ne peut y avoir non plus compensation entre les dettes personnelles d'un associé et les créances de la société, et inversement ².

Incontestablement le principe d'autonomie du patrimoine social demeure, mais, comme la personnalité morale, il a ses limites en cas de fraude (*supra*, n° 74), de fictivité (*supra*, n° 46), de « faillite », et vis-à-vis du fisc ³.

SOUS-SECTION 3. La représentation de la société

94 Capacité d'exercice et de jouissance ◇ Faute de dispositions particulières aux sociétés, ce sont les règles du droit civil qui doivent s'appliquer. Concernant la capacité de jouissance, une société commerciale est apte à être titulaire de tous droits pécuniaires et extra-pécuniaires sous réserve du principe de spécialité légale ⁴ et statutaire ⁵. Pour pouvoir exercer ses droits, la société sous peine de rester en léthargie doit recourir à des personnes physiques. Pour analyser la situation juridique de ces dirigeants sociaux personnes physiques on a longtemps fait appel à la notion de *mandat* ⁶. Mais le dirigeant ne peut pas être le mandataire des associés puisqu'il agit au nom et pour le compte de la société ; il ne peut pas être non plus le mandataire de la société, puisque le mandat doit mettre en présence deux volontés et que la société n'a pas de volonté propre. On préfère aujourd'hui considérer qu'il y a une représentation originale de la personne morale par les *organes* que la loi a institués ⁷.

Une confusion est souvent opérée, tenant au cumul sur une même tête (le gérant de la SARL ou le Président-directeur général de la SA), entre le pouvoir de décision et le pouvoir de représentation. L'exécution se rattache au seul pouvoir de représentation.

1. Com. 2 mai 1983, BRDA 18-1983, p. 19.

2. Com. 19 févr. 1973, Bull. civ. IV, n° 82, p. 72.

3. Cf. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, n°s 247 s.

4. Cf. D. Randoux, *préc.*, *La spécialisation des sociétés*, in *Études dédiées à A. Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 471, *supra*, n° 54.

5. Cependant l'objet social est généralement large, et les statuts peuvent toujours être modifiés, *supra*, n° 54.

6. V. encore, par ex., les art. L. 223-22 al. 5, L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, même après l'intervention de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques ; en jurisprudence, cf. par ex. Com. 7 avr. 1967, D. 1967, p. 618 (« mandataire légal »).

7. Cf. J. Berr, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey 1961 ; G. Martin, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse Nancy, 1977. Les modalités de désignation des organes propres à chaque type de sociétés seront étudiées dans la deuxième partie du *Précis*.

Cette intervention obligatoire de personnes physiques est une grave source d'insécurité pour les tiers ¹ qui peuvent craindre que le représentant dépasse ses pouvoirs ou même n'ait pas de pouvoir du tout pour engager la société ².

95 Protection des tiers ◇ Afin de pallier ces risques, deux mesures ont été prises pour protéger les tiers ; elles sont largement inspirées de la première directive européenne du 9 mars 1968 (ord. 20 déc. 1969) :

1) Lorsque la **nomination** des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société a été **régulièrement publiée**, ni la société, ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination (art. L. 210-9).

Les mesures de publicité sont : l'insertion dans un journal d'annonces légales (art. R. 210-4) ; le dépôt au greffe du tribunal de commerce de deux copies des actes de nomination, ou de cessation de fonctions (art. R. 123-103 et R. 123-105) ; l'inscription au registre du commerce et des sociétés (art. R. 123-54), et l'insertion au BODACC à la diligence du greffier (art. R. 123-157 ; R. 123-161) (v. *supra*, n° 65).

La société ne peut se prévaloir à l'égard des tiers, des nominations (et cessations de fonctions) des dirigeants tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées (art. L. 210-9 al. 2) ³ sauf si elle établit que les tiers avaient connaissance des changements intervenus (art. L. 123-9 al. 3) ⁴. Mais, dès lors que la nomination ou la cessation de fonction des dirigeants sociaux a été régulièrement publiée, la société

1. V. par ex. pour la signification des actes judiciaires à la société ou sa représentation en justice, Soc. 24 oct. 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 520, Y.G. (signature réputée apposée par le représentant légal de la société ou une personne habilitée) ; Com. 27 mars 1990, *Defrénois* 1990, p. 1233 ; Soc. 25 avr. 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 603, Y.G. ; Versailles, 21 juin 1991, *RJDA* 1991, p. 782, n° 924 ; Paris, 26 oct. 1990, *RTD com.* 1992, p. 381, n° 2, Cl. Champaud et D. Danet.

2. C. Atias, *L'étrange position procédurale de la personne morale en cas de défaut de pouvoir de son représentant*, D. 2008, p. 2241. Civ. 2^e, 12 juin 1991, *JCP E* 1992, II, 242, J.-J. Hanine (déclaration d'appel par un gérant de SCI décédé antérieurement) ; Com. 7 déc. 1993, *RJDA* 1994, p. 316, n° 400. Si un dirigeant signe des contrats de son propre nom, sans mentionner qu'il agit en tant que gérant, président ou directeur général, et crée ainsi une apparence qui ne permet pas de connaître la personne du véritable contractant, les juges du fond peuvent le considérer comme s'étant engagé personnellement et non pour sa société, Com. 28 juin 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 671, n° 219. Suivant une jurisprudence constante, une société peut se trouver engagée sur le fondement d'un *mandat apparent* si le tiers qui a contracté avec le prétendu mandataire a légitimement pu croire que celui-ci disposait des pouvoirs nécessaires pour la représenter, cf. par ex. Com. 12 févr. 2002, *RJDA* 2002, p. 651, n° 775 ; Com. 19 nov. 2002, *RJDA* 2003, p. 229, n° 259 ; Paris 1^{er} juin 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 10, D. Vidal.

3. V. Com. 23 mars 1982, *Rev. sociétés* 1982, 834, Ph. Merle ; G. Creff, *La responsabilité des dirigeants sociaux retirés*, *RTD com.* 1978, 479. Toutefois, le dirigeant social poursuivi à titre personnel peut opposer aux tiers la cessation de ses fonctions, même si la décision n'a pas été publiée, Com. 17 janv. 1989, *Rev. sociétés* 1989, 638, Y. Reinhard (responsabilité fiscale, art. L. 267 LPF). Les tiers peuvent se prévaloir des actes non publiés dont ils ont connaissance, T. com. Paris, 22 mars 1994, *Dr. sociétés* 1994, n° 132, Th. Bonneau (non publication d'un changement de gérant).

4. Paris, 15 sept. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 50, n° 13, P. Le Cannu ; *JCP E* 1996, I, 541, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain. S'il s'agit de sociétés par actions ou de SARL, les changements de dirigeants ne sont opposables aux tiers qu'à partir du seizième jour suivant celui de la publication

peut s'en prévaloir à l'égard des tiers et la théorie du mandat apparent doit être écartée ¹.

La publicité purge les vices éventuels de désignation. Le système est simple : une consultation du registre du commerce et des sociétés suffit. C'est une nouvelle manifestation de la force de l'apparence ².

2) La loi a posé le principe que dans toutes les sociétés commerciales, les clauses restreignant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers. Autrement dit, les dirigeants sont désormais dotés d'un **pouvoir légal de gestion** et nous verrons qu'ils sont investis dans leurs rapports avec les tiers des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue aux autres organes de la société (cf. par ex. pour la SARL, art. L. 223-18 ; pour la SA, art. L. 225-56, L. 225-64) ³.

Cependant, si les clauses restrictives de pouvoir, statutaires ou conventionnelles, sont inopposables aux tiers, elles n'en demeurent pas moins valables entre associés, et le dirigeant qui ne les respecterait pas engagerait sa responsabilité.

Cette règle impérative qui évite aux tiers d'avoir à consulter les statuts de la société contractante, assure la rapidité des transactions et leur donne une très grande sécurité ⁴. Pour que la société soit engagée, il faut bien entendu que l'acte ait été passé en son nom, et il faut qu'il entre dans l'objet social. Cependant une dérogation très importante a été apportée en faveur de ceux qui contractent avec une société par actions ou une SARL puisque, dans leurs rapports avec les tiers, ces sociétés sont engagées même par les actes des dirigeants sociaux qui ne relèvent pas de l'objet social, sauf si elles prouvent que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances ⁵, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ⁶ (art. L. 225-35 al. 2, L. 225-56-I al. 2, L. 225-64 al. 2, L. 226-7 al. 2, L. 223-18 al. 5).

Vis-à-vis des associés, la responsabilité des dirigeants qui auraient dépassé l'objet social est bien sûr engagée.

au BODACC s'ils prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance (art. L. 210-5 al. 1 C. com.).

1. Com. 4 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 727, n° 211, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993, p. 567, B. Saintourens ; *JCP E* 1994, I, 331, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 28 nov. 1995, *RJDA* 1996, p. 362, n° 509.

2. Cf. *Défait de publicité de la nomination ou de la cessation des fonctions des dirigeants*, *BRDA* 15 mars 1989, p. 2.

3. Sur les limites des pouvoirs conférés aux administrateurs et l'opposabilité aux tiers, en cas de conflit d'intérêts entre le dirigeant et la société, *CJCE* 16 déc. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 213, n° 82, M. Luby.

4. Sur la possibilité pour un tiers de se prévaloir des statuts pour justifier du défaut de pouvoir du représentant de la société, Com. 26 févr. 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 582, V. Thomas.

5. Cf. par ex. T. com. Paris, 28 juin 1982, *RJ com.* 1983, 99, J. Mestre.

6. Serait-ce que le législateur est lui-même sceptique sur l'efficacité des mesures de publicité qu'il organise ?

SOUS-SECTION 4. Les responsabilités de la société

96 Responsabilité civile ◇ La possibilité pour une victime d'intenter une action en responsabilité civile contre une société ne fait pas de doute. Le fondement de l'action peut être contractuel (inexécution ou mauvaise exécution d'un contrat par la société). Il peut être également délictuel, que la faute ait été commise par un organe de la société (acte de concurrence déloyale) ou par un salarié dans l'exercice de ses fonctions (art. 1384 al. 5 C. civ.).

97 Responsabilité pénale ◇ Une jurisprudence très ancienne de la Chambre criminelle avait posé le *principe de l'irresponsabilité pénale de la personne morale*¹. Celle-ci serait en effet incapable de commettre une infraction, faute d'avoir une volonté propre ; sa capacité serait limitée par son objet et aucune sanction ne serait adaptée. Ces arguments étaient assez faibles, et la doctrine moderne² se prononçait en faveur du principe inverse de responsabilité pénale des personnes morales.

Le nouveau Code pénal (art. 121-2)³, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994⁴, a apporté une innovation considérable en adoptant le principe de responsabilité pénale des personnes morales, essentiellement pour deux raisons : l'immunité des personnes morales était d'autant plus choquante qu'elles sont souvent, par l'ampleur de leurs moyens, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre économique ou à la législation sociale. En outre, l'équité recommandait de ne pas faire supporter systématiquement par les représentants légaux de la société la responsabilité des personnes morales qu'ils dirigent.

Le champ d'application de la responsabilité quant aux personnes morales visées est très vaste puisqu'est concerné l'ensemble des personnes morales, à l'exclusion de l'État. Sont donc exclues les sociétés en formation (*supra*, n° 76), les sociétés en participation et les sociétés créées de fait (*infra*, n° 596 s.) qui ne sont pas dotées de la personnalité morale. Dans le texte d'origine, le domaine d'application de la responsabilité était limité quant aux infractions, dans la mesure où elle ne pouvait être mise en œuvre que si le texte qui définit et réprime l'infraction l'avait expressément prévu. Mais la loi du 9 mars 2004 (« *Perben II* ») a abandonné le principe de spécialité :

1. Crim. 8 mars 1883, DP 1884, I, 428. Principe régulièrement réaffirmé, cf. par ex. Crim. 27 févr. 1968, Bull. crim., n° 61, p. 147 : « ... qu'une personne morale ne peut être pénalement poursuivie que si la loi le décide expressément ; que tel n'est pas le cas en matière d'entraves au fonctionnement d'un comité d'entreprise... ».

2. Cf. par ex. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, T. I, 6^e éd. Cujas 1988, n°s 601 s.

3. V. Colloque 7 avr. 1993, organisé par l'Université de Paris, I, M. Delmas-Marty, Y. Guyon et alii, in *Rev. sociétés* 1993, p. 229-388 ; F. Desportes, JCP E 1993, I, 219 ; bibliographie sélective in *Rev. sociétés* 1993, p. 484 ; N. Rontchevsky, Rapport français aux journées H. Capitant, 1999.

4. Crim. 18 mai 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 862, B. Bouloc.

depuis le 31 décembre 2005 ¹, les personnes morales peuvent être poursuivies pour toute infraction pénale commise, quel que soit le texte à l'origine de la poursuite, dès lors que les conditions d'imputabilité de ces faits sont réunies (art. 121-2 C. pén.) ².

En dix ans, 1 400 condamnations ont été prononcées à l'encontre de personnes morales. Le travail illégal a été l'infraction la plus souvent sanctionnée et les amendes prononcées sont quatre fois supérieures à celles prononcées à l'encontre des personnes physiques ³.

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales ⁴ figurent également dans l'article 121-2 qui exige que l'infraction ait été commise « pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». L'expression « pour leur compte » est assez vague ; elle signifie que l'acte doit avoir profité à la société ou servi son intérêt. Cet acte doit avoir été accompli par un organe social ⁵ (conseil d'administration, directoire représentant légal de la société : Président-directeur général, directeur général ⁶, gérant) ou un représentant de la société (mandataire spécialement habilité, salarié ⁷...).

Selon le troisième alinéa de l'article 121-2, « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Le cumul de responsabilités peut donc être prononcé ⁸.

1. Sur les conditions d'entrée en vigueur de la nouvelle disposition, Crim. 19 juin 2007, BRDA n° 17-2007, p. 3.

2. V. sur *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, H. Matsopoulou, *Rev. sociétés* 2004, p. 283 ; N. Stolowy, *JCP E* 2004, 876. V. également sur les conséquences de l'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales, la circulaire du ministère de la justice du 13 févr. 2006 (CRIM-06-03/E8) et les commentaires de H. Matsopoulou, *Rev. sociétés* 2006, p. 483. Cf. égal. J. H. Robert, *Le coup d'accordéon ou le volume de la responsabilité pénale des personnes morales* in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz 2007, p. 975. V. égal. les modifications apportées par les art. 124 et 125 de la loi dite de simplification et de clarification du droit, qui tirent les conséquences de la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales.

3. *Les Échos* 10-11 juin 2005.

4. Y. Sexer, *Les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Dr. et patr.* janv. 1996, p. 38 ; Cl. Mouloungui, *L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales*, *RTD com.* 1994, p. 441.

5. Sur l'identification de l'auteur des faits, Crim. 23 mai et 20 juin 2006, *JCP E* 2006, 2756, M. Véron.

6. Crim. 2 déc. 1997, *Rev. sociétés* 1998, p. 148, B. Bouloc ; *JCP E* 1998, p. 948, Ph. Salvage ; *Bull. Joly* 1998, p. 512, n° 166, J.-F. Barbiéri ; *JCP* 1998, II, 10023, rapport F. Desportes. Cf. égal. N. Rontchevsky, *RJDA* 1998, p. 175 ; Crim. 7 juill. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 259, n° 44, J.-F. Barbiéri ; *Rev. sociétés* 1999, p. 399, B. Bouloc (travail clandestin).

7. Crim. 9 nov. 1999 et 14 déc. 1999, *JCP E* 2000, p. 1618, M. Véron (le bénéficiaire d'une délégation de pouvoirs a la qualité de représentant de la personne morale) ; Crim. 30 mai 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 37, n° 11. La relaxe prononcée en faveur des personnes physiques n'exclut pas nécessairement la responsabilité des personnes morales, Crim. 8 sept. 2004, BRDA n° 10-2005, p. 4.

8. J. C. Saint Pau, *La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant une personne morale*, in *Mélanges B. Bouloc*, D. 2007, p. 1011.

Le législateur a incontestablement voulu faire disparaître la présomption de responsabilité pénale qui pesait en fait sur les dirigeants, mais la circulaire d'application du ministre de la Justice en date du 14 mai 1993 indique que la responsabilité pénale de la personne physique est la condition préalable à la responsabilité pénale de la personne morale, ce qui laisserait supposer que la personne physique est toujours pénalement responsable ¹...

Une nouvelle circulaire, en date du 13 février 2006 invite les magistrats du ministère public à opérer la distinction suivante :

En cas d'infraction intentionnelle, la règle devra en principe consister dans l'engagement de poursuites à la fois contre la personne physique auteur ou complice des faits, et contre la personne morale, dès lors que les faits ont été commis pour son compte par l'un de ses organes ou représentants.

En cas d'infraction non intentionnelle, en revanche, ainsi qu'en cas d'infractions de nature technique pour lesquelles l'intention coupable peut résulter de la simple inobservation en connaissance de cause d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées. La mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale ².

Ce risque de condamnation des personnes physiques pesant sur les dirigeants de sociétés ne peut que les inciter à continuer à consentir des **délégations de pouvoirs** à un préposé pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour faire respecter les mesures réglementaires, comme la jurisprudence l'a admis, avant le nouveau Code pénal, à propos de la **responsabilité pénale du chef d'entreprise** ³.

1. Cf. B. Mercadal, *La responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits*, RJDA, 1994, p. 375 ; D. Ohl, *Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal*, Mélanges B. Mercadal, Francis Lefebvre éd. 2002, p. 371. Sur la question du cumul, cf. J. Simon, *D. aff.* 1995, p. 101 ; M. Favéro, *Petites Affiches* 8 déc. 1995, p. 15.

2. Solution qui rejoint celle donnée par la loi Fauchon du 10 juill. 2000. Cf. art. 121-3, al. 4 C. pén. V. par ex. Crim. 4 déc. 2007, BRDA n° 4-2008, p. 4 (pas de responsabilité de la personne physique).

3. E. Dreyer, *Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise*, D. 2004, p. 937 ; M. Giacomelli-Mori, *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, Rev. sc. crim. 2000, p. 525 ; Th. Dalmasso, *La délégation de pouvoirs*, éd. Joly 2000 ; J.-F. Bulle, *Les délégations de pouvoirs*, JCP E 1999, p. 1136 ; J.-F. Renucci, *La délégation de pouvoirs : questions d'actualité*, RJDA 1998, p. 679 ; Brieuc de Massiac, *Responsabilité pénale des dirigeants et délégation de pouvoirs*, RJDA 1995, p. 927 ; C. Mascala, *La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants*, Bull. Joly 1998, p. 93, n° 38 ; C. Puigelier, *La délégation de pouvoirs en matière d'accidents du travail*, JCP E 1993, I, 283 ; Crim. 11 mars 1993 (5 arrêts) JCP E 1994, II, 571, J.H. Robert ; Bull. Joly 1993, p. 666, n° 183, M.E. Cartier, admettant le principe de l'efficacité de la délégation, notamment en matière économique, sauf si un texte de loi en dispose autrement ; Crim. 19 mars 1996, Bull. Joly 1996, p. 846, n° 299, J.-F. Barbiéri ; Com. 26 mai 1994, Bull. Joly 1994, p. 978, n° 261, A. Arséguet (délégation dans un groupe) ; Crim. 19 août 1997, Bull. Joly 1998, p. 36, n° 9, C. Mascala (appréciation souveraine des juges ; responsabilité fiscale). En faveur d'une délégation par le PDG au directeur général, Crim. 29 avr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 1074, n° 328, J.-F. Barbiéri ; D. 1999, p. 502, D. Ohl. V. cependant, ayant jeté le trouble, Crim. 17 oct. 2000, Rev. sociétés 2001, p. 124, B. Bouloc ; JCP E 2001, p. 904, J. H. Robert ; Dr. sociétés

Cette responsabilité est bien entendu distincte de la responsabilité encourue à titre personnel par les dirigeants pour les infractions commises en violation des dispositions du livre II du Code de commerce et que nous rencontrerons à propos de chaque type de société.

Quant aux **pénalités**, l'amende est systématiquement encourue pour chaque infraction ¹. Son taux maximum pour les personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction (art. 131-38 et 131-41 C. pén.).

L'abus de confiance étant, par exemple, puni de 375 000 € d'amende (art. 314-1 C. pén.), la société est donc passible d'une peine pouvant aller jusqu'à 1 875 000 €. Le juge est libre de fixer dans la limite de ce maximum le montant de l'amende, mais il doit tenir compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction (art. 132-20 et 132-24 C. pén.).

Lorsque la loi ou le règlement le prévoit expressément, un crime ou un délit commis par une personne morale peut être sanctionné d'une ou plusieurs des peines suivantes : dissolution, interdiction à titre définitif ou temporaire, placement sous surveillance judiciaire, fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre l'infraction, exclusion des marchés publics, interdiction de faire appel public à l'épargne, interdiction d'émettre des chèques, confiscation, affichage (*cf.* art. 131-39 C. pén.).

Dans une circulaire du 26 janvier 1998 ², la Chancellerie a dressé un premier bilan de l'application de la réforme, en analysant les cent premières condamnations. La majorité des condamnations concerne des personnes morales de droit privé (34 SARL, 26 SA). Les condamnations les plus fréquentes concernent des délits de travail clandestin (35), de blessures involontaires (19), de facturations irrégulières (13) et d'atteintes à l'environnement (11).

2001, n° 64, F.X. Lucas. Sur le refus d'admettre une délégation de pouvoirs lorsque le délégant prend personnellement part à l'infraction, Crim. 17 sept. 2002, *RJDA* 2003, p. 26, n° 30 ; *id.* en matière d'information financière inexacte, Paris, 30 nov. 1994 (aff. *Tapie*), *Gaz. Pal.* 31 déc. 1994, concl. Y. Jobard ; *RTD com.* 1995, p. 144, B. Petit et Y. Reinhard, ainsi qu'en matière fiscale, Crim. 23 mai 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1256, n° 331, D. Chilstein ; Crim. 4 mars 2008, *BRDA* n° 8-2008, p. 3 (PDG de supermarché). Sur les conditions de la subdélégation, Crim. 30 oct. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 300, n° 120, C. Mascala ; Crim. 2 juin 2001, *JCP E* 2002, n° 371, D. Ohl ; Crim. 20 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1166, n° 242, Th. Massart.

1. Le régime fiscal des amendes est très défavorable, dans la mesure où l'art. 39.2 CGI édicte un principe général de non-déductibilité des sanctions pécuniaires de toute nature. S'agissant plus particulièrement des amendes à caractère pénal, le droit fiscal s'est fondé sur le principe de la personnalité des peines pour interdire leur déductibilité, même si elles sont encourues par l'entreprise, ou l'un de ses dirigeants, dans l'exercice de son activité (sur la personnalité des peines, Com. 3 mars 2004, *Patour*, *RJF* 6/04, n° 620, et 10 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 952, n° 191, obs. J.-F. Barbieri). La déductibilité se traduisant par une réduction de l'assiette imposable, l'admettre aurait pour conséquence de faire retomber sur l'État, à concurrence du manque d'impôt perçu, une partie de la peine (CE 8 juill. 1998, *Assoc. Radio Free Dom* : *RJF* 10/98, n° 1093 ; *Dr. fisc.* 1998, n° 49, comm. 1084, concl. G. Goulard). F. Berezyiat, *Déductibilité des sanctions : on peine à comprendre*, *RJF* 4/05, p. 211. Sur la déductibilité des fonds détournés par les gérants, *infra* n° 416.

2. *Bull. Joly* 1998, p. 427, n° 153, avec tableaux ; commentaire C. Ducouloux-Favard, *D.* 1998, Chron. 395.

Les personnes morales ont été condamnées uniquement à des peines d'amende fermes s'élevant en moyenne à 6 905 €, pour celles qui poursuivent un but lucratif. Les autres sanctions ne sont qu'exceptionnellement prononcées (13 affichages, 5 publications, 4 confiscations). Dans trente-huit procédures, une personne physique a été condamnée en même temps que la personne morale, conformément au principe du cumul, ce qui signifie que dans les soixante-deux autres, il n'y a pas eu de responsabilité des personnes physiques.

Les condamnations prononcées sont inscrites sur le **casier judiciaire des personnes morales** (L. 16 déc. 1992) géré par le casier judiciaire national automatisé ¹.

Le bulletin n° 1, qui contient l'ensemble des fiches du casier, ne peut être délivré qu'aux autorités judiciaires ; le bulletin n° 2, qui ne contient qu'un relevé partiel des fiches, ne peut être délivré qu'aux personnes énumérées par l'article 776-1 C. pr. pén. (préfets, présidents des tribunaux de commerce, AMF...). Le représentant légal de la personne morale ne peut pas obtenir de copie, mais il peut avoir communication du relevé intégral des mentions du casier judiciaire (art. 772-2 C. pr. pén.).

SECTION 3. LA TRANSFORMATION DE LA SOCIÉTÉ ²

98 Caractéristiques ◇ La transformation d'une société est son changement de forme juridique en une autre forme, tout en maintenant inchangée sa personnalité morale. Elle implique une modification des statuts.

Il n'y a pas transformation lorsque la forme de la société demeure la même, ainsi pour une SA de type classique avec conseil d'administration, qui adopte la structure dualiste avec directoire et conseil de surveillance ; elle reste une société anonyme. De même, il n'y a pas transformation de la SARL composée de deux associés et qui en perd un. Elle est une EURL, mais reste une SARL (art. L. 223-1).

La transformation avec maintien de la personnalité morale se conçoit aisément lorsqu'elle s'opère de société à société, même de société civile à société commerciale ou inversement. La question est plus délicate lorsqu'elle concerne une société et un groupement d'intérêt économique. L'article L. 251-18 admet que la société qui se transforme en GIE conserve sa personnalité morale ³. Mais lorsque le GIE se transforme en société, on considère qu'en raison de sa spécificité, il y a un changement de nature du groupement qui s'opère, et il ne peut conserver sa personnalité morale (*infra*, n° 633) ⁴. Toutefois, l'article L. 251-18 al. 2 permet qu'un GIE puisse être transformé en société en nom collectif, sans donner lieu à dissolution, ni à création d'une personne morale nouvelle.

1. Pour une critique de ce nouveau casier judiciaire, cf. rapport P.L. Doucet, CCI Paris, 1^{er} oct. 1992.

2. Cf. D. Roure, *La transformation des sociétés*, Thèse Lyon III, 1993.

3. Com. 4 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1332, n° 375, C. David ; *Dr. sociétés* 1994, n° 208, H. Le Nabasque ; *JCP E* 1995, I, 447, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain (conséquences fiscales).

4. R.M. JO déb. AN 14 janv. 1985, p. 149 ; *Rev. sociétés* 1985, 539.

La transformation peut être **voulue par les associés** : ceux-ci souhaitent disposer d'un régime fiscal plus favorable, ou l'entreprise qu'ils avaient créée s'étant bien développée il leur faut disposer d'une structure mieux adaptée : la société en nom collectif d'origine est abandonnée pour la SARL. Dans la perspective d'une introduction en bourse, la florissante SARL se transforme en société anonyme. La pratique montre que le passage se fait le plus souvent d'une structure simple à une structure plus complexe. Mais la découverte de la lourdeur de la société anonyme ou un statut fiscal plus favorable offert au gérant majoritaire peut inciter à la transformer en SARL.

Quelquefois, la transformation peut être **imposée aux associés** par la loi, comme condition de survie de la société. Tel est le cas de la société en nom collectif, dans laquelle à la suite d'un décès, les parts d'un associé sont transmises à un héritier mineur. Celui-ci ne pouvant être associé en nom, la société doit se transformer, par exemple, en une société en commandite dans laquelle le mineur aura la qualité de commanditaire (art. L. 221-15 al. 7 ; *infra*, n° 157).

La société anonyme qui aurait moins de sept actionnaires ou la SARL qui aurait plus de cent associés devraient également se transformer (art. L. 225-1 et L. 225-247, *infra*, n°s 582 s. ; art. L. 223-3, *infra*, n° 177). Enfin la transformation de la société anonyme s'impose lorsque son capital social tombe au-dessous du minimum légal (art. L. 224-2 ; *infra*, n° 253).

Le maintien de la personnalité morale n'est assuré que si la transformation est régulière (art. L. 210-6 al. 1^{er}) ; il faut donc envisager les conditions de la transformation (§ 1) avant d'étudier ses effets (§ 2).

§ 1. Conditions de la transformation

99 Conditions communes ◇ La transformation de la société est soumise aux règles édictées par la loi et les statuts pour la modification du pacte social ¹. Ces règles seront étudiées dans la deuxième partie du *Précis* à propos de chaque type de société.

On peut remarquer dès à présent que quelquefois la loi facilite la transformation (par exemple de la SARL en SA ; cf. art. L. 223-43 al. 2) alors qu'à l'inverse elle peut la rendre plus difficile que les autres modifications statutaires, afin de mieux protéger les associés (par exemple pour la transformation d'une SARL ou d'une société anonyme en société en nom collectif ; art. L. 223-43 al. 1, L. 225-245 al. 1 ; pour la transformation en SAS, art. L. 227-3 ²). Si la transformation

1. Sur les conséquences de l'annulation d'une transformation de SA en SNC, Paris, 11 juill. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 967, n° 309 ; *JCP E* 1991, I, n° 22, 1, A. Viandier et J.-J. Caussain (redressement judiciaire des associés en nom) ; Versailles 9 oct. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 58, n° 7, P. Le Cannu (réinstallation du conseil d'administration à la suite de l'annulation d'une transformation de SA en SNC).

2. Versailles 24 févr. 2005, *JCP E* 2005, 731, J. P. Legros (nécessité de la participation de tous les actionnaires).

entraîne une augmentation des engagements des associés, l'unanimité est nécessaire, art. 1836 al. 2 C. civ. (transformation d'une société commerciale classique en société à capital variable) ¹. Lorsqu'une société de quelque forme que ce soit, qui n'a pas de commissaire aux comptes, se transforme en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation doivent être désignés (cf. art. L. 224-3, al. 1^{er}).

En outre, la société doit remplir les conditions exigées pour la validité de la société sous sa forme nouvelle (montant du capital social, nombre d'associés...) et la décision prise ne doit pas être constitutive d'une fraude ² ou d'un abus de droit :

Le tribunal de commerce de Paris a ainsi annulé la transformation d'une société anonyme en société en commandite simple estimant que la délibération votée en assemblée générale extraordinaire avait été prise dans le seul intérêt du groupe majoritaire et contrairement à l'intérêt social ³.

100 Publicité ◇ La décision de transformation est soumise, comme toute modification statutaire, à des mesures de publicité (insertion dans un journal d'annonces légales, dépôt au greffe du tribunal de commerce du procès-verbal de l'assemblée ayant décidé la transformation et désigné les nouveaux dirigeants, ainsi que des nouveaux statuts, inscription modificative au registre du commerce et des sociétés, insertion au BODACC). Ces formalités doivent s'accomplir facilement grâce aux centres de formalités des entreprises (*supra*, n° 62). La transformation ne devient opposable aux tiers qu'après que ces formalités de publicité ont été effectuées ⁴.

§ 2. Effets de la transformation

Les effets de la transformation sont dominés par le maintien de la personnalité morale ⁵. Il convient de les envisager à l'égard de la société, des associés, des créanciers et du fisc.

1. Paris, 24 nov. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, I, 117, APS ; cf. égal. Civ. 1^{re}, 3 juill. 1979, *D.* 1980, IR 115, *RTD com.* 1980, p. 94, n° 2, obs. E. Alfandari et M. Jeantin. Sur les conséquences d'un défaut de rapport du commissaire aux comptes sur la situation de la société (art. L. 223-43), cf. Grenoble, 31 mai 1983 (aff. *Dauphiné Libéré*), *JCP E* 1985, 14389, Y. Reinhard ; *RJ com.* 1983, 379, J. Mestre.

2. Rappr. Com. 3 déc. 2002, *BRDA* 3-2003, p. 5.

3. T. com. Paris, 29 juin 1981 (aff. *Agache Willot, S.A. Sidef Conforama*), *Rev. sociétés* 1982, 791, M. Guilbertain. Cf. égal. Paris, 28 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 182, n° 57 ; *Rev. dr. bancaire* 1991, p. 67, M. Jeantin et A. Viandier (aff. *Hottinguer*) ; T. com. Lyon, 23 janv. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 102, D. Vidal (transformation abusive d'une SA en commandite par actions) ; Rappr. sur l'abus commis par un associé égalitaire refusant la transformation d'une SARL en SA, Dijon, 16 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1983, II, 740, APS.

4. Cf. Paris, 28 mars 1990, *D.* 1990, p. 428.

5. J. Fisel, *L'absence d'être moral nouveau dans les transformations de sociétés*, *Gaz. Pal.* 1986, II, doct. p. 724. Cf. par ex. Civ. 2^e, 8 juill. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1508, n° 299, J. J. Daigre ; *Dr. sociétés* 2004, n° 207, F. G. Trébulle (capacité d'ester en justice).

- 101 **À l'égard de la société** ◇ La transformation régulière n'entraînant pas la création d'une personnalité morale nouvelle (art. L. 210-6 ; 1844-3 C. civ.) ¹, ses effets sont nécessairement réduits ². En l'absence de novation, les droits et les obligations que la société a contractés sous son ancienne forme subsistent ³.

Toutefois, les statuts doivent être modifiés pour tenir compte de la nouvelle forme et les *dirigeants sociaux* perdent automatiquement leurs fonctions, si bien que ceux qui ne retrouveront pas leur fauteuil dans la structure nouvelle auront tendance à se plaindre facilement d'un abus de majorité ⁴.

Les pouvoirs du Président-directeur général d'une société anonyme ne peuvent pas se perpétuer après la transformation de la société en société en nom collectif. La procuration qu'il avait donnée en qualité de PDG devient donc sans valeur ⁵.

S'agissant des *commissaires aux comptes*, leurs fonctions cessent si leur présence n'est pas obligatoire dans la société issue de la transformation. En revanche, si la forme sociale adoptée impose leur présence, on doit admettre que leur mission se poursuit ⁶.

- 102 **À l'égard des associés** ◇ Les nouveaux droits sociaux sont créés dès la date de transformation ⁷ et, par le jeu de la subrogation réelle, ils prennent la place des droits anciens.

1. Com. 6 déc. 2005, *RTD com.* 2006, p. 128, Cl. Champaud et D. Danet (transformation d'une SA en SAS) ; Com. 30 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 449, n° 112, H. Le Nabasque. Est-ce à dire qu'une transformation irrégulière entraînerait la disparition de la personnalité morale ? Cette interprétation *a contrario* des textes ne s'impose pas. En l'absence d'une disposition expresse, on ne peut admettre des conséquences aussi radicales. Cf. cependant J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, T. I, n° 188.

2. Il n'est même pas nécessaire de procéder à la clôture des comptes et à une réouverture concomitante dans de nouveaux registres établis au nom de la même entreprise, dans sa nouvelle forme sociale. Les mêmes registres de délibérations peuvent également être conservés, R.M. JO déb. AN 13 nov. 1979, p. 9903 ; *Rev. sociétés* 1980, 172.

3. Com. 6 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 92, n° 27, M. Jeantin (maintien de la dénomination sociale) ; Com. 12 juill. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1146, n° 340, M. Boizard (absence de cession de fonds de commerce, exclusion des formalités de la cession de bail) ; Com. 29 mars 1994 (2 esp.), *Dr. sociétés* 1994, n° 119, H. Le Nabasque (continuation des cautionnements et conventions de compte courant).

4. Com. 6 juin 1972, *Rev. sociétés* 1973, 310, B. Bouloc. Cependant le dirigeant qui est lié à la société par un contrat de travail le conserve en application de l'art. L. 1224-1 C. trav.

5. Crim. 3 janv. 1986, *D.* 1987, p. 84, B. Bouloc ; *JCP E* 1987, 16342, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain.

6. La loi du 1^{er} mars 1984 ayant unifié le statut des commissaires aux comptes dans toutes les sociétés commerciales (cf. égal. depuis la loi NRE, art. L. 820-1), la transformation de la société ne doit pas mettre fin aux fonctions de commissaires lorsque les règles applicables à la nouvelle forme sociale imposent la désignation d'un commissaire (par ex. transformation d'une SARL en SA). Cf. *Bull. CNCC* 1988, n° 70, p. 224 et 1993, n° 91, p. 421.

7. Cf. Paris, 11 juill. 1979, *Bull. Joly* 1979, p. 542, n° 318.

Ainsi lors de la transformation d'une société en nom collectif en société anonyme, les actions attribuées en échange de parts propres restent des biens propres ¹.

À compter de la décision de transformation, les associés sont soumis à toutes les règles de la société transformée : si la société en nom collectif se transforme en société anonyme, ils bénéficient d'une responsabilité limitée pour l'avenir. À l'inverse, si une société anonyme se transforme en société en nom collectif, ils sont engagés indéfiniment et solidairement pour les dettes à venir.

103 À l'égard des créanciers ◇ Les créanciers antérieurs à la transformation de la société ne sont pas atteints par le changement. Ils conservent tous leurs droits à l'égard de la société et de ses associés ². Les associés d'une société en nom collectif restent donc tenus solidairement et indéfiniment de toutes les dettes contractées par la société avant sa transformation. Il serait trop facile de changer de forme sociale pour échapper à ses créanciers.

La jurisprudence décide également que les créanciers antérieurs bénéficient des garanties nouvelles que leur offre la transformation. La solution, très favorable aux créanciers, se justifie par le fait que les associés qui ont consenti à la transformation ont par là même accepté de reprendre le passif qui existait auparavant. Ainsi lorsqu'une SARL se transforme en société en nom collectif, un créancier de la SARL peut-il rechercher la responsabilité indéfinie et solidaire des associés ³.

Les créanciers conservent aussi le bénéfice des sûretés qui ont pu leur être consenties avant la transformation, spécialement les cautionnements accordés par les dirigeants sociaux : la transformation de la société n'entraînant pas la création d'un être moral nouveau, la caution reste tenue de son obligation de garantie, peu importe qu'elle ait abandonné la qualité de gérant pour celle de PDG de SA, voire qu'elle n'ait plus de fonction dirigeante ⁴.

La solution de principe serait cependant différente s'il avait été prévu que l'engagement de la caution s'éteindrait en cas de transformation de la société ⁵.

1. Civ. 1^{re}, 27 mai 1968, *JCP* 1968, II, 15662, R. Savatier.

2. Paris, 25 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 871, n° 254, A. Couret ; *Dr. sociétés* 1993, n° 206, H. Le Nabasque ; R.M. JO déb. AN 18 oct. 1993, p. 3571 ; *Dr. sociétés* 1994, n° 10, H. Le Nabasque ; *RTD com.* 1994, p. 724, Cl. Champaud et D. Danet (conséquences de la transformation d'une SNC en SARL avant un dépôt de bilan).

3. Civ. 3^e, 10 janv. 1973, *Rev. sociétés* 1973, 647, J.-P. Sortais, et déjà Civ. 17 juin 1936, *DP* 1938, I, 9, P. Pic. Rapp. Civ. 1^{re}, 13 mars 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 439, n° 102, M. Jeantin (transformation d'une société civile en SARL).

4. Parmi une jurisprudence fournie, v. Com. 20 févr. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 91, Th. Bonneau ; *JCP E* 2001, p. 895, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 2001, p. 856, n° 184, H. Le Nabasque ; *Rev. sociétés* 2002, p. 807, C. Malecki ; Com. 2 oct. 1979, *Rev. sociétés* 1981, 73, C. Mouly (v. les réserves de l'annotateur en ce qui concerne l'application de la solution aux cautionnements de dettes indéterminées).

5. Civ. 1^{re}, 18 juin 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 803, n° 288, Ph. Delebecque ; Com. 8 juill. 1969, *Banque* 1970, 296, X. Marin ; *RTD com.* 1970, p. 159, n° 24, R. Houin, se réfugiant derrière

104 **À l'égard du fisc** ¹ ◇ Le droit fiscal ne tire pas toutes les conséquences de la solution issue des articles L. 210-6 et 1844-3 du Code civil, selon laquelle la personnalité morale de la société est maintenue dès lors que la transformation est régulière ², aussi cette opération n'est-elle pas fiscalement neutre. En effet :

- si, en principe, un droit fixe d'enregistrement de 125 € est seul perçu (art. 680 CGI), des droits plus importants sont exigibles lorsqu'une société, non soumise jusque-là à l'impôt sur les sociétés, relève désormais de cet impôt ³.

- Concernant l'imposition des bénéfices, la transformation peut être fiscalement lourde lorsque la société, ayant des réserves ou même des déficits, et qui était soumise à l'impôt sur les sociétés, est désormais soumise à l'impôt sur le revenu ⁴. Elle emporte également des conséquences fiscales lorsque la société, soumise à l'impôt sur le revenu, décide d'opter pour l'impôt sur les sociétés ⁵.

- Enfin le changement d'activité, se manifestant par une activité entièrement nouvelle, peut également être considéré comme une cessation d'entreprise (art. 221 bis CGI) ⁶.

l'appréciation souveraine des juges du fond. Le problème essentiel est celui de l'interprétation de la volonté de la caution.

1. M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Doc. 4, *Abus de droit et restructuration de sociétés*, Litec 1999, p. 66, n° 32 s ; C. David, *Transformation de sociétés et droit fiscal* in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 229 ; J.-C. Parot, *Restructuration des sociétés : les conditions de qualification de l'abus de droit dans la jurisprudence judiciaire et administrative*, *Rev. sociétés* 2001, p. 16.

2. Com. 7 mars 1984 (2 arrêts), *JCP E* 1984, 14353, 14354, C. David, *Rev. sociétés* 1984, p. 804, M. Jeantin ; Com. 16 oct. 1984, *JCP* 1985, II, 20497, C. David ; Instr. 10 mars 1986, *BOI* 4 A-5-86. Les « montages » visant à substituer au droit d'enregistrement de 5 % celui de 1,10 % perdent leur intérêt avec le « lissage » des droits d'enregistrement sur titres à 3 % qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions (*supra* n° 4).

3. Art. 809-II et 810-III CGI ; Instr. 17 janv. 2000, *BOI* 7 H-2-00. Com. 20 nov. 2007, *SCI Saint-Honoré Ducros*, *RJF* 3/08, n° 367 ; Instr. 27 mars 2009, *BOI* 7 H-1-09 : les droits sont exigibles du seul fait du changement de régime fiscal de la société bénéficiaire, la situation de la société apporteuse n'ayant pas à être prise en compte (la situation fiscale de la société apporteuse doit être appréciée à la date des apports et non à la date du changement de régime d'imposition de la société bénéficiaire).

4. Art. 221-2, 221 bis et 111 bis CGI. Ces bénéfices et réserves sont réputés distribués aux associés.

5. Art. 202 ter I et II CGI.

6. *Supra*, n° 53-1.

Incidences fiscales des transformations de sociétés

	Société conservant le même régime fiscal	Société passant de l'IS à l'IR	Société passant de l'IR à l'IS
Droits d'enregistrement	Droit fixe 125 €	Droit fixe 125 €	- Immeubles et FC apportés ATPS ^(a) à l'époque : 5 % ou droit fixe, 375 € ou 500 € ^(b) - autres biens : pas d'incidence fiscale
Impôt sur les bénéfices	Pas d'incidence fiscale	• Imposition société - Principe : cessation d'entreprise - atténuation : article 221 bis ^(c) • Imposition associés - Boni de liquidation (article 111 bis) ^(d)	- principe : cessation d'entreprise - atténuation : articles 202 ter-I, alinéa 2, et II ^(e)

(a) ATPS signifie ici : à titre pur et simple (*supra* n° 34-1).

(b) La perception du seul droit fixe est subordonnée aux conditions que les associés prennent l'engagement de conserver les titres pendant trois ans et, en ce qui concerne les immeubles, qu'ils soient apportés en même temps que le fonds de commerce et qu'ils soient affectés à son activité. Sur les droits applicables au fonds de commerce, *supra* n° 4.

(c) On mentionnera une exception, celle de la transformation d'une société ayant une seule activité de gestion (portefeuille de valeurs mobilières ou patrimoine immobilier) : CE 28 juill. 2000, S.C.A. « Les Chapelains », *RJF* 11/00, n° 1240 ; *Dr. fisc.* 2001, n° 5, comm. 59.

(d) Les associés sont en principe imposés sur la totalité du boni de liquidation (TA Paris 28 juill. 2005, *Verdier*, *Dr. fisc.* 2006, n° 17-18, comm. 390), sous réserve des dispositions de l'art. 221 bis CGI. Les bénéfices, ainsi réputés distribués, relèvent du régime de faveur des revenus régulièrement distribués (*infra* n° 301). Par ailleurs, dans le cas d'un apport ayant bénéficié du sursis d'imposition conformément à l'art. 150-OB CGI (*infra* n° 315-1), le passage de l'IS à l'IR de la société bénéficiaire de l'apport entraîne pour l'apporteur la constatation d'une plus-value imposable (Instr. 13 juin 2001, *BOI* 5 C-1-01, fiche 2, n° 49). Les sociétés de personnes issues de la transformation de sociétés de capitaux intervenue depuis moins de quinze ans ne peuvent opter pour l'IS (art. 239 1-b CGI ; sauf option dans les premiers mois de la transformation). Cette impossibilité ne s'applique pas à celles issues de la transformation d'un GIE qui n'était pas lui-même soumis à cet impôt (RM JO AN 22 déc. 2003, p. 9840).

(e) Pour exemple, TA Nantes 21 janv. 2003, SA SCA Ouest, *Dr. fisc.* 2003, n° 42, comm. 746. Instr. 9 sept. 2003, *BOI* 4 B-2-03 ; J.-L. Parot, *La transformation d'une société de personnes en une société de capitaux ne se traduit pas par un échange de titres susceptibles de générer une plus-value imposable*, *Bull. Joly* 2003, n° 285, p. 1350 (la doctrine « Plasait », R.M. JO Sén. 1^{er} avril 1998, p. 1345, est ainsi rapportée pour l'essentiel).

SECTION 4. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

Comme les personnes physiques, les personnes morales disparaissent ¹. Leur longévité est cependant généralement plus grande. Après avoir étudié

1. Nous avons vu que la transformation régulière d'une société n'entraîne pas disparition de sa personnalité morale (*supra* n° 101). Nous examinerons les effets des fusion et scission dans la 3^e partie de ce *Précis* consacré aux groupes de sociétés.

les différentes causes de dissolution des sociétés (§ 1), il conviendra d'envisager ce que devient le patrimoine de la société, avec les opérations de liquidation et de partage (§ 2) ¹.

§ 1. Les causes de dissolution

L'article 1844-7 du Code civil énumère les causes de dissolution communes à toutes les sociétés. Il existe également des causes de dissolution propres à tel ou tel type de société, qui seront étudiées à propos de chaque forme de société dans la deuxième partie du *Précis*.

A. Dissolution de plein droit

105 Arrivée du terme ² ◇ La société prend fin à l'expiration du temps pour lequel elle a été conclue (art. 1844-7, 1^o C. civ.) ³. La durée de la société est au maximum de quatre-vingt-dix-neuf ans à compter du jour de son immatriculation (art. L. 210-2 ; R. 210-2) ⁴. Mais elle peut toujours être prorogée une ou plusieurs fois, sans que chaque prorogation puisse excéder quatre-vingt-dix-neuf ans (art. R. 210-2, al. 2). Et comme la transformation, la prorogation n'entraîne pas création d'une personne morale nouvelle (art. L. 210-6 al. 1). La décision entraînant une modification du pacte social, doit être prise suivant les conditions imposées pour tout changement d'une disposition statutaire ⁵.

Sur le plan fiscal, la prorogation de la société ne donne donc ouverture qu'à un droit fixe d'enregistrement de 375 € ou 500 € (art. 811-1^o CGI). Les formalités de publicité habituelles doivent être effectuées ⁶.

1. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1996, p. 401.

2. R. Libchaber, *Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés*, *Rev. sociétés* 1995, p. 437.

3. Com. 12 nov. 1992, *Rev. sociétés*, 1993, p. 571, P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1993, p. 561, n° 156, M. Jeantin ; *JCP E* 1993, II, 408, Y. Guyon ; *Dr. sociétés* 1993, n° 3, Th. Bonneau (aff. Dormeuil) ; Com. 23 oct. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 110, n° 27, B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 2008, p. 383, B. Dondero, (arrêt retenant l'absence de « prorogation expresse ou tacite » dans une SEP).

4. Rappr. sur le caractère perpétuel ou non d'un contrat conclu pour « la durée de la société », 1^{re} Civ 19 mars 2002, *RJDA* 2002, p. 501, n° 589.

5. Civ. 3^e 4 févr. 2009, *BRDA* n° 5 – 2009, p. 2 (GFA). Au cas où un associé disposant d'une minorité de blocage s'opposerait à la prorogation, la société devrait être dissoute. Cf. S. Plantin, *Prévenir les situations de blocage entre associés*, *JCP E* 2000, p. 1646. Une action en abus de minorité serait certes possible, mais elle n'empêcherait pas nécessairement la dissolution. Certains suggèrent donc de prévoir dans les statuts une clause obligeant les associés opposants à céder leurs parts, R.M. JO déb. Sénat. 19 sept. 1985, p. 1520, *Rev. sociétés* 1985, 891.V. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 360, n° 107, G. Lesguillier ; *JCP N* 1988, II, 297, J.-F. Pillebout (le refus par un nu-propriétaire de voter la prorogation d'une société ne porte pas atteinte aux droits de l'usufruitier).

6. Paris, 26 nov. 1996, *RTD com.* 1997, 272, Cl. Champaud et D. Danet (conditions d'opposabilité au bailleur de la prorogation du bail des locaux commerciaux d'une SNC).

Afin d'éviter une dissolution surprise, la loi impose qu'un an au moins avant la date d'expiration de la société, les associés soient consultés à l'effet de décider si la société doit être prorogée. À défaut, tout associé pourrait demander au président du tribunal de commerce, statuant sur requête, la désignation d'un mandataire de justice chargé de provoquer cette consultation (art. 1844-6 al. 1 et 2 C. civ. ; art. 17 D. 3 juill. 1978) ¹.

Si la société continue sans avoir été expressément prorogée, la Cour de cassation (1^{re} Chambre civile) considère que l'on est en présence d'une « société devenue de fait » et que les statuts de la société dissoute continuent de régir les rapports entre ses associés ².

Fiscalement, cette situation entraîne, en principe, création d'une société nouvelle et rend exigibles les droits prévus pour les constitutions de sociétés ³. Néanmoins, l'administration fiscale admet l'application du seul droit fixe de 375 € ou 500 €, à la condition que la société ait poursuivi son activité antérieure, qu'elle ait continué à se conformer à ses obligations fiscales et qu'il n'apparaisse pas que la prorogation irrégulière a été frauduleuse ⁴.

106 Réalisation ou extinction de l'objet ◇ La société prend fin par la réalisation ou l'extinction de son objet (art. 1844-7, 2^o C. civ.). La *réalisation de l'objet* suppose que l'opération pour laquelle la société a été instituée se trouve définitivement accomplie (perçement d'un tunnel ou d'un canal) ⁵. Il y a *extinction de l'objet* lorsque l'activité pour laquelle la société a été instituée se révèle impossible (objet déclaré illicite, révocation d'une concession ; fermeture judiciaire d'un fonds de commerce qui était l'unique objet de l'exploitation sociale) ⁶.

Cependant, en pratique, cette cause de dissolution joue rarement car les statuts ont le plus souvent pris soin de définir un objet suffisamment large, que les juges interprètent généralement dans une perspective favorable à la survie de la société ⁷.

1. 1^{re} Civ 20 nov. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 19, Th. Bonneau. Si le terme statutaire est dépassé, une décision des associés, même avec stipulation d'un effet rétroactif, ne peut pas proroger la société, Paris, 21 oct. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 43, n° 8, M. Jeantin.

2. Civ. 1^{re} 13 déc. 2005, *BRDA* n° 3-2006, p. 3 ; *Dr. sociétés* 2006, n° 34, H. Lécuyer.

3. *supra*, n°s 28 ; sur le régime fiscal des apports, *supra* n° 34-1.

4. Dans la mesure où la constitution d'une société nouvelle est désormais exonérée du droit fixe, il serait logique que ce droit ne soit plus exigé pour les prorogations de société. En ce sens, J. Cabin Saint-Marcel, *Prorogation de société. Introduction du nouveau régime des apports sur les droits d'enregistrement*, *Dr. sociétés*, mai 2000, p. 9.

5. Com. 3 avril 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1101, n° 299, J. P. Garçon (réalisation de l'objet d'une société civile de construction-vente).

6. Com. 3 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 746, n° 257, J.-F. Barbière ; *Dr. sociétés* 1995, n° 181, Th. Bonneau (société d'expertise-comptable ne comprenant plus le nombre minimum de professionnels, art. 7 ord. 19 sept. 1945) ; Paris, 14 avr. 1995, *RJDA* 1995, p. 677, n° 849 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 122 Y.G. (dissolution de plein droit sans que les associés aient à se prononcer sur son bien-fondé) ; Paris 5 nov. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p231, I. Urbain-Parléani.

7. V. la célèbre décision concernant la *Compagnie Universelle du Canal maritime de Suez*, rendue à la suite de la décision de nationalisation prise par le Raïs G.A. Nasser en 1956, T. com. Seine,

Lorsqu'une société cesse en fait ses activités, elle ne doit pas être dissoute pour autant. Elle est mise **en sommeil** ¹ et peut reprendre à tout moment son activité ². La situation se présente fréquemment dans les groupes de sociétés.

Cette cessation d'activité doit cependant faire l'objet d'une inscription modificative au registre du commerce et des sociétés (art. R. 123-69).

Toutefois, si le greffier est informé qu'une personne immatriculée a cessé son activité à l'adresse déclarée, il doit lui rappeler, par lettre recommandée avec avis de réception, ses obligations déclaratives. Si la lettre est retournée avec une mention précisant que la personne ne se trouve plus à l'adresse indiquée, le greffier porte la mention de la cessation d'activité sur le registre. Il devra radier d'office la personne qui n'aurait pas régularisé sa situation à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de l'inscription de la mention (art. R. 123-125 et R. 123-136).

107 Annulation du contrat de société ◇ L'annulation de la société est rare (*supra*, n^{os} 67 s.). Cependant, si elle intervient, étant donné que la nullité opère sans rétroactivité, la dissolution est la sanction normale (art. 1844-7, 3^o ; 1844-15 al. 1 et 2 C. civ. ; L. 235-10).

108 Disposition statutaire ◇ Aux termes de l'article 1844-7, 8^o du Code civil, la société peut prendre fin « *pour toute autre cause prévue par les statuts* ». Rien n'interdit donc de prévoir que la société sera dissoute par la survenance de tel ou tel événement (modification de la situation juridique ou financière de l'un des associés ; *rappr.* art. L. 223-41 al. 2 ; accumulation de résultats déficitaires...).

La mise en application de cette disposition statutaire pouvant avoir des conséquences très lourdes, notamment sur le terrain fiscal ³, les praticiens recommandent de prévoir une clause permettant le rachat des parts ou actions de l'associé éventuellement en cause ⁴.

22 juin 1959, *Journ. soc.* 1959, 193, H. Lecompte (*supra*, n^o 54). *Rappr.* Paris, 25 mai 1971, *JCP* 1972, II, 17084, Y. Guyon.

1. Sur les obligations qui continuent à peser sur la société en sommeil, Paris 19 févr. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 92, n^o 21, J. F. Barbiéri (défaut de convocation du commissaire aux comptes aux A. G.). Cf. P. Diener, *Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil* in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 81 ; G. Notté, *Les sociétés en sommeil*, *JCP* 1981, I, 3022. Paris, 3 juill. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 1015, n^o 371, J.-J. Daigre ; Lyon, 13 juin 1997, *BRDA* n^o 15-16/1997, p. 4 (conditions de dissolution) ; Paris, 28 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 219, n^o 42, J.-P. Dom (action en déclaration de simulation). *Adde* G. Baranger, *Du bon usage du greffe*, *Bull. Joly* 1997, p. 103, n^o 37. La mise en sommeil peut également permettre d'attendre un régime fiscal de liquidation plus favorable (*infra* n^o 127).

2. V. cependant sur le risque de mise en procédure collective pour cessation des paiements, Bordeaux 11 oct. 2004, *Dr. sociétés* 2005, n^o 113, J. P. Legros.

3. V. *infra* n^o 127.

4. *Lamy sociétés* n^o 1395.

- 109 Liquidation judiciaire** ◇ Le jugement ordonnant la liquidation judiciaire de la société entraîne automatiquement la dissolution de celle-ci (art. 1844-7 7° C. civ.) ¹. Mais le jugement de redressement judiciaire, lui, n'entraîne pas dissolution.

Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale (art. L. 641-9, II). C'est dire que la dissolution de la société n'a plus d'incidence sur les pouvoirs des dirigeants qui peuvent désormais exercer les droits propres de la personne morale.

Cependant, en cas de nécessité (par ex. l'incompétence des dirigeants), un **mandataire *ad hoc* peut être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président sur requête de tout intéressé (*id.*)**.

- 110 Réunion de toutes les parts ou actions en une seule main** ◇ Lorsque toutes les parts ou actions sont réunies en une seule main, la société n'est plus dissoute de plein droit. Un délai d'un an est accordé à la société pour qu'elle opère sa régularisation (art. 1844-5 C. civ. ; sur la société unipersonnelle, *cf. supra*, n° 27) ².

La SARL qui n'a plus qu'un associé est une EURL et les dispositions de l'article 1844-5 du Code civil ne lui sont pas applicables (art. L. 223-4 ; *infra*, n° 177 ; *id.* pour la SASU, art. L. 227-4, *infra*, n° 595-18, les SASU de SEL (art. 130 L. NRE).

B. Dissolution provoquée

- 111 Dissolution conventionnelle anticipée** ◇ Les associés peuvent à tout moment décider la dissolution anticipée de la société (art. 1844-7, 4° C. civ.). Il suffit d'observer les conditions exigées par la loi ou les statuts pour les modifications statutaires ³. La conception institutionnelle de la société permet à une majorité renforcée de défaire ce que l'unanimité des associés avait voulu.

1. Com. 3 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 768, n° 284, J.-M. Calendini (date de cessation des fonctions des organes sociaux). Sur la dissolution d'une société en liquidation judiciaire close pour extinction du passif, Com. 26 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 49, n° 8, P. Le Cannu ; *JCP E* 2000, p. 128, M. Cabrillac et Ph. Pétel ; *RTD com.* 2000, p. 124, Cl. Champaud et D. Danet. Pour une critique de cette « peine de mort infligée aux sociétés », F. X. Lucas, *Bull. Joly* 2008, p. 371. Jusqu'à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005, la cession totale des actifs de la société entraînait également la dissolution de la société.

2. Sur la non dissolution d'une SCP d'huissiers comprenant un associé en capital et un associé en industrie, Civ. 1^{re} 30 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1001, n° 202, R. Baillod ; *Rev. sociétés* 2004, p. 855, D. Porrachia ; *Dr. sociétés* 2004, 141, F. X. Lucas.

3. V. pour une dissolution anticipée de SARL, Com. 18 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, 312, J. Hémard.

La dissolution anticipée ne doit cependant pas être inspirée par une intention frauduleuse ¹ ou par l'intention de nuire à la minorité ².

- 112 Dissolution judiciaire anticipée** ◇ Le tribunal peut prononcer la dissolution anticipée de la société à la demande d'un associé pour justes motifs (art. 1844-7, 5° C. civ.). Le texte cite comme exemples l'inexécution de ses obligations par un associé et la mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

Le premier motif, qui est une application de l'article 1184 du Code civil sur la résolution des contrats pour inexécution, a peu l'occasion de jouer ³.

Avant 1978, était visée l'infirmité habituelle d'un associé le rendant inhabile aux affaires de la société (art. 1871 anc. C. civ.). Aujourd'hui peut être envisagée la défaillance d'un associé qui aurait promis un apport en industrie et qui serait dans l'incapacité d'effectuer le travail promis ⁴.

- 113 Mésentente entre associés. Caractéristiques** ⁵ ◇ Le second motif, visant la mésentente entre associés — autrefois on parlait de mésintelligence — est beaucoup plus souvent invoqué. C'est une arme fréquemment utilisée, comme l'abus de majorité ou l'abus de minorité (*infra*, n°s 578 s.), dès lors que la zizanie s'installe entre associés, spécialement dans les sociétés familiales. Elle est également invoquée lorsqu'un minoritaire qui veut quitter la société ne trouve pas d'acquéreur ou quand les majoritaires ne lui offrent pas un prix de sortie suffisamment élevé. Mais les tribunaux ne font droit à ces demandes de dissolution qu'avec beaucoup de réserve :

– la mésentente doit paralyser le fonctionnement de la société ; des dissensions persistantes entre associés sont insuffisantes. Comme l'a rappelé un arrêt de Chambre mixte :

« Attendu que pour prononcer la dissolution anticipée de la société, l'arrêt retient que la mésentente entre associés est patente et ancienne et que les dissensions entre eux sont suffisamment profondes et persistantes pour nuire au fonctionnement de la société ;

1. Rouen, 14 oct. 1966, *D.* 1967, p. 134.

2. Les dirigeants ne pourraient mettre fin indirectement à la société en cédant seuls l'unique fonds de commerce qu'elle exploite (*infra*, n° 404).

3. Cf. cependant Paris, 30 oct. 1992, *RTD com.* 1993, p. 106, Cl. Champaud et D. Danet ; *RJDA* 1993, p. 43, n° 34 (majoritaires empêchant l'achèvement de l'objet social).

4. Exemple cité par Y. Guyon, n° 206. *Rapp. Com.* 18 mai 1982, *Rev. sociétés* 1982, 804, P. Le Cannu, considérant que l'abus de majorité peut être un juste motif de dissolution.

5. H. Matsopoulou, *La dissolution pour mésentente entre associés*, *Rev. sociétés* 1998, p. 21 ; P. Canin, *La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés*, *Dr. sociétés* 1998, n° 1, p. 4. La mésentente peut également fonder une action en responsabilité civile, cf. *Com.* 21 mars 1989, *JCP E* 1989, II, 15562, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain.

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser le fonctionnement de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision... » ¹.

- le demandeur ne doit pas être lui-même à l'origine du trouble social ² ;
- lorsque la société est prospère, les juges tenteront préalablement de faire dénouer la crise en désignant un administrateur provisoire (*infra*, n° 573) ³.

En revanche, la dissolution doit être prononcée lorsque deux groupes d'actionnaires possédant chacun la moitié du capital social sont en telle opposition qu'il est impossible de reconstituer le conseil d'administration et donc de désigner un président ⁴, ou encore lorsque la mésentente entre associés est tellement grave qu'elle interdit en pratique la moindre activité sociale et que les dénonciations (détournement de stock, tentatives d'appropriation abusive d'éléments d'actif) démontrent qu'il n'y a plus de volonté de collaboration commune ⁵. Dans toutes ces hypothèses la disparition de l'*affectio societatis* ne permet plus à la société de survivre ⁶.

114 **Mésentente entre associés. Mise en œuvre de la procédure de dissolution** ◇ L'action en dissolution appartient à tout associé qui se prévaut d'un intérêt légitime (art. 1844-7, 5° C. civ.) ; elle est d'ordre public et ne

1. Ch. Mixte 16 déc. 2005, *Dr. sociétés* 2006, n° 36, F. X. Lucas ; D. 2006, p. 146, A. Lienhard. Cf. égal. Com. 21 oct. et 18 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 119, n° 46, B. Petit ; *Rev. sociétés* 1998, p. 310, H. Matsopoulou (mésentente entre associés égalitaires) ; Civ. 1^{re}, 18 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 841, n° 217, C. Prieto (paralyse d'une société de médecins) ; Com. 9 déc. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 781, J. Cl. Bousquet ; Civ. 3^e, 8 juill. 1998, *JCP E* 1999, p. 29, A. Viandier et J.-J. Caussain (absence de volonté de collaborer dans l'intérêt commun) ; Paris, 16 mai 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 477, Y.G. (dissolution d'une société de médecins dominée par l'intuitus personae).

2. Com. 16 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 944, n° 305, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1992, n° 177, Th. Bonneau ; Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 498, n° 169, J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1996, n° 95, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1996, p. 563, J. Honorat, D. 1997, p. 108, D. Gibirila ; Paris, 20 oct. 1980, préc., *Rev. sociétés* 1980, 774, A. Viandier ; *JCP* 1981, II, 19602, F. Terré ; D. 1981, p. 44, concl. Jéol. ; Paris, 18 juin 1986 (aff. *Lustucru*), préc. ; Paris, 10 mai 1995, *JCP E* 1995, I, 505, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Com. 26 avr. 1982, *Rev. sociétés* 1984, 93, J.-L. Sibon.

4. Com. 16 févr. 1970, *Bull. civ. IV*, n° 59, p. 56 ; Paris, 8 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 302, n° 80, A. Couret (associés égalitaires d'une SCI) ; Rennes, 3 mai 1977, *RTD com.* 1978, p. 391, n° 4, obs. Cl. Champaud (impossibilité de remplacer l'associé commandité ayant démissionné de ses fonctions de gérant).

5. Aix, 26 juin 1984, D. 1985, p. 372, J. Mestre ; Paris, 12 sept. 1995, *JCP E* 1995, I, 541, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris, 26 janv. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 311, n° 106, PLC ; Paris, 6 mars 1996, D. 1996, somm. 344, J. Cl. Hallouin ; *RTD com.* 1996, p. 470, Cl. Champaud et D. Danet (divorce des époux associés).

6. Versailles, 7 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 308, n° 105, P. Le Cannu ; Paris, 17 déc. 1991, *Dr. sociétés* mars 1992, n° 58, H. Le Nabasque, (associés d'une SARL dans l'impossibilité de s'entendre pour porter le capital social au minimum légal, un éventuel abus de minorité n'ayant pas été invoqué).

saurait être entravée par une quelconque disposition statutaire ou extra-statutaire ¹. La demande en dissolution impose de mettre en cause la société ².

Bien que le texte semble réserver le bénéfice de l'action aux seuls associés ³, certains arrêts admettent qu'elle puisse être intentée par les créanciers sociaux ⁴.

L'action en dissolution relève de la compétence du tribunal de commerce (cf. art. R. 210-15) ⁵. Les juges disposent d'un large pouvoir d'appréciation qui est souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation ⁶. Les juges peuvent toujours nommer un administrateur provisoire s'ils estiment que la crise n'est que temporaire (*supra*, n° 113) ou demander à être éclairés par une expertise. Il n'est cependant pas possible qu'ils puissent exclure de la société un associé contre son gré ⁷.

L'article L. 235-6 qui prévoit la possibilité exceptionnelle d'une exclusion judiciaire la limite à l'hypothèse d'une nullité de société (ou d'actes postérieurs) fondée sur un vice de consentement ou l'incapacité d'un associé ⁸. La solution pourrait être différente si l'exclusion avait été prévue à l'unanimité dans le pacte social.

Mais le tribunal pourrait estimer qu'il n'y a pas juste motif de dissolution dès lors que le demandeur refuse que ses droits sociaux lui soient rachetés à dire d'expert.

1. Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 981, n° 353, B. Saintourens ; *JCP E* 1995, I, 505, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain (SCP de notaires) ; Com. 23 janv. 1950, D. 1950, p. 300 ; Com. 12 juin 1961, *Gaz. Pal.* 1961, II, 176.

2. Civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, *Bull. civ.* I, p. 209, n° 299 ; *Dr. sociétés* 1995, n° 206, Th. Bonneau.

3. Com. 28 sept. 2004, *RJDA* n° 1-2005, n° 39 (irrecevabilité du syndic d'un associé) ; Orléans 22 sept. 2005, *BRDA* n° 19-2005, p. 2 (id. pou le liquidateur judiciaire d'un associé de SCI).

4. Civ. 1^{re}, 20 oct. 1965, *Bull. civ.* I, n° 562, p. 426 (sol. implicite) ; cf. I. Bon-Garcin, *Les créanciers face aux crises politiques des sociétés*, *Rev. sociétés* 1994, p. 649.

5. Pour le prononcé d'une dissolution par un tribunal arbitral, Colmar 21 sept. 1993, *RJ com.* 1994, p. 155, Ch. Jarrosson ; cf. égal. D. Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ 1993, préf. B. Oppetit, n° 287. Sur l'incompétence du juge des référés, Paris, 28 oct. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 858, n° 353.

6. Com. 25 févr. 1964, *Bull. civ.* III, n° 98, p. 85 ; Com. 28 févr. 1977, *Rev. sociétés* 1978, p. 245, J.-P. Gastaud.

7. Com. 12 mars 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 554, D. Bureau ; D. 1997, p. 133, Th. Langlès ; *Dr. sociétés* 1996, n° 96, Th. Bonneau ; *JCP E* 1996, II, 831, Y. Paclot ; Toulouse, 10 juin 1999, *JCP E* 2001, p. 1620, J.-J. Daigre ; J.-J. Daigre, *De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution*, *Bull. Joly* 1996, p. 576 ; comp. Aix, 26 juin 1984, D. 1985, p. 372, J. Mestre. Dans une société civile, les juges peuvent estimer que la mécontente ne constitue pas un juste motif de dissolution mais qu'elle est un juste motif de retrait d'un minoritaire, Paris 4 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 224, n° 50, D. Randoux.

8. V. cependant Reims, 24 avr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, II, somm. 431, P. de Fontbressin ; *Rev. sociétés* 1990, 77, Y.G. ; *RTD com.* 1989, p. 683, n° 8, Y. Reinhard ; Cl. Champaud, *RTD com.* 1976, p. 373, n° 10, obs. sous T. com. Poitiers, 30 juin 1975. *Addé* J.P. Storck, préc., *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, 233 ; J.-M. Bermond de Vaulx, *La mécontente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* *JCP E* 1990, II, 15921 ; G. Durand-Lépine, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, *Petites Affiches* 24 juill. 1995.

L'action doit être intentée de bonne foi ¹. Si elle est exercée de façon abusive, le demandeur peut être condamné à des dommages-intérêts ².

§ 2. Les effets de la dissolution

La dissolution de la société, pour quelque cause que ce soit, est irrévocable ³ et entraîne immédiatement sa liquidation entre les parties ; mais elle n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après sa publication au registre du commerce et des sociétés (art. L. 237-2). La *liquidation* de la société (A) va être une opération longue, facilitée cependant par la survie de sa personnalité morale, survie exceptionnelle puisque la société est dissoute. Une fois la liquidation terminée, il sera possible de procéder aux opérations de *partage* (B).

- 115 **Publicité de la dissolution** ◇ Les tiers doivent être avertis rapidement et efficacement de la dissolution de la société ⁴. Cette nouvelle situation a en effet des conséquences très importantes pour eux, puisque les dirigeants sociaux sont remplacés par des liquidateurs et que la société ne conserve la personnalité morale que pour les besoins de sa liquidation (art. L. 237-2 al. 2) ⁵.

Les formalités de publicité ⁶ sont de deux sortes :

– D'une part, une insertion doit être faite dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social, avec mention de la nomination des liquidateurs (v. art. L. 237-3 ; R. 237-2). Les décisions de dissolution et de désignation des liquidateurs doivent être déposées au greffe.

La dissolution doit être mentionnée au registre du commerce et des sociétés (art. R. 123-66 s. ; cf. également art. R. 123-131) ⁷. À la diligence du greffier une insertion est également effectuée au BODACC (art. R. 123-159 s.) ⁸. On retrouve ici un très grand parallélisme avec les formalités de

1. V. Paris, 7 oct. 1986, *BRDA* n° 21-1986, p. 10 ; *JCP E* 1987, II, 16122, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain (rejet de la demande de dissolution introduite par un associé afin de tenter de bloquer la vente forcée de ses parts, considérée comme constituant un détournement de procédure).

2. T. com. Versailles, 18 janv. 1967, *RTD com.* 1967, p. 790, n° 3, Cl. Champaud.

3. Paris 5 juill. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1191, n° 254, J. J. Daigre. V. déjà *Com.* 24 oct. 1989, *Rev. sociétés* 1990, p. 264, D. Vidal.

4. Sur la sanction de la dissimulation du fait qu'une société est en liquidation, *Com.* 18 févr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 523, P. Didier.

5. Y. Guyon, n° 208.

6. Lyon, 13 juin 1997, *JCP E* 1998, p. 421, Th. Granier ; *Bull. Joly* 1997, p. 812, n° 297, G. Baranger.

7. Après mention au RCS de sa dissolution, la personne morale est radiée d'office au terme du délai fixé par les statuts pour la durée de la liquidation ou, à défaut, au terme d'un délai de trois ans après la date de cette mention. La radiation d'office ne fait cependant pas perdre sa personnalité morale à la société, *Com.* 20 févr. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 93, Th. Bonneau.

8. Le *juge fiscal* rejette l'opposabilité d'une clause conventionnelle de rétroactivité (afférente à un transfert de crédit de TVA à la suite d'une opération de dissolution-confusion, ci-dessous) qui

constitution de la société (*supra*, n^{os} 60 s.). Tant que la dissolution n'est pas publiée au registre du commerce et des sociétés, elle ne produit aucun effet à l'égard des tiers (art. L. 237-2 al. 3) ¹.

Est en principe radiée d'office toute personne morale, après mention au RCS de sa dissolution, au terme du délai fixé par les statuts pour la durée de la liquidation ou, à défaut, au terme d'un délai de trois ans après la date de cette mention (*cf.* art. R. 123-131).

– D'autre part, dès la dissolution de la société, sa dénomination sociale doit être suivie de la mention « société en liquidation » (art. L. 237-2 al. 1). Cette publicité est d'autant plus efficace, qu'avec la mention du nom des liquidateurs, elle doit figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers, notamment sur toutes les lettres, factures, annonces et publications diverses (art. R. 237-1) ².

A. Liquidation

116 Caractéristiques ◇ La liquidation d'une société est l'ensemble des opérations consécutives à sa dissolution, qui ont pour objet de régler le passif, de convertir les éléments d'actif en argent (« en liquide »), en vue de procéder au partage entre les associés de l'actif net subsistant. Au cas où il n'y aurait pas d'excédent d'actif, l'opération doit également déterminer la part de chaque associé dans le passif.

La liquidation de la société est indispensable pour permettre le partage. La volonté des associés, même unanime, ne pourrait décider qu'il n'y a lieu ni de procéder à la liquidation, ni de désigner un liquidateur ³.

Toutefois, elle n'a lieu ni en cas de fusion ou scission puisque ces opérations entraînent transfert global du patrimoine social aux sociétés absorbantes ou nouvelles (*infra*, n^{os} 680 s.) ni en cas de dissolution à la suite de la réunion de toutes les parts ou actions en une seule main (art. 1844-5 al. 3 C. civ. ; art. L. 237-2 al. 1 ; *supra*, n^o 27) ⁴, sauf si

contreviendrait au respect, résultant de l'art. 1844-5 C. civ., du délai trente jours après la publication au BODACC : TA Paris 3 déc. 2008, *Sté EK Finances*, RJF 4/09, n^o 325.

1. Soc. 27 avr. 1977, *Bull. civ. V*, n^o 274, p. 217 ; v. cependant Com. 24 sept. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 174, n^o 39, M. L. Coquelet. Sur les sanctions pénales encourues par le liquidateur, *cf.* art. L. 247-6, 1^o C. com.

2. Sur la responsabilité civile personnelle du liquidateur ayant omis cette mention sur les papiers commerciaux, Paris, 19 sept. 1990, *RTD com.* 1991, p. 400, n^o 9, Cl. Champaud.

3. Com. 24 oct. 1989, *JCP* 1990, II, 21453, Y. Guyon ; *JCP E* 1990, II, 15784, n^o 7, A. Viandier et J.-J. Caussain. Sur la situation de la société dissoute qui n'a pas engagé d'opérations de liquidation, Com. 12 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 571, P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1993, p. 561, n^o 156, M. Jeantin ; *JCP E* 1993, II, 408, Y. Guyon (*aff. Dormeuil*) ; Civ. 3^e, 3 févr. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 471, n^o 134, M. Jeantin ; *Dr. sociétés* 1993, n^o 87, Th. Bonneau (assemblées continuant à se tenir).

4. J.-J. Daigre, *La dissolution d'une filiale à 100 % est une fusion*, *JCP E* 1992, I, 152. Le juge fiscal considère qu'une telle opération constitue effectivement une fusion (CE 13 déc. 2006, *SNC Rocamat Pierre Naturelle*, RJF 2/07, n^o 288 ; *Dr. fisc.* 2007, n^o 9, comm. 234 ; CAA Versailles 27 mars 2008, *S^{te} Finindusco*, *Dr. fisc.* 2008, n^o 10, comm. 407 ; Com. 16 déc. 2008, *Sté Villa*

l'associé est une personne physique (art. 1844-5, al. 4 nouv. C. civ.) ¹.

La loi de 1966, complétée par la loi du 4 janvier 1978, comblant les lacunes antérieures, a réglementé de façon très détaillée la liquidation en organisant tout particulièrement le contrôle des associés sur l'activité des liquidateurs.

Certaines dispositions sont impératives (art. L. 237-2 à L. 237-13 ; art. R. 237-1 à R. 237-9) ; d'autres ne s'appliquent qu'à défaut de clauses statutaires ou de convention expresse entre les parties (*liquidation amiable* ²) ou lorsque la liquidation intervient sur décision judiciaire (art. L. 237-14 à L. 237-31 ; art. R. 237-10 à R. 237-18) ³.

Il peut en effet être ordonné par décision de justice que la liquidation aura lieu dans les conditions des articles L. 237-14 et s. à la demande de la majorité des associés dans les SNC ; d'associés représentant au moins le dixième du capital dans les sociétés en commandite simple, les SARL et les sociétés par actions ; des créanciers sociaux et des représentants de la masse des obligataires (art. L. 237-14 L. 228-54).

a. Statut de la société en liquidation

117 *Maintien de la personnalité morale* ⁴ ◇ À la différence de ce qui se passe chez les humains, la personnalité de la société survit à sa dissolution.

Schiffanoia, Dr. fisc. 2009, n° 20, comm. 316). Les opérations susceptibles de bénéficier du régime de faveur des fusions (en matière d'impôts directs) incluent les dissolutions sans liquidation visées à l'art. 1844-5 C. civ., lorsque l'associé unique est une personne morale assujettie à l'IS (art. 210-OA 1° a et 3 CGI ; *infra* n° 679-1) ; cf. D. Villemot, *La nouvelle définition des fusions et des scissions*, *Dr. fisc.* 2002, n° 25, p. 911 ; et *La nouvelle instruction fiscale sur le régime des fusions*, *Dr. fisc.* 2006, n° 4, ét. 3, p. 190. V. les commentaires du fisc sur le traitement réservé à l'opération (Instr. 7 juill. 2003, BOI 4 I-1-03 ; Instr. 30 déc. 2005, BOI 4 I-1-05). L'opération bénéficie du dispositif de transfert de TVA applicable aux fusions (CJCE 27 nov. 2003, *Zita Modes SARL*, *RJF* 2/04, n° 211 ; Instr. 30 janv. 2004, BOI 3 D-2-04 ; TA Paris 3 déc. 2008, *Sté EK Finances*, *RJF* 4/09, n° 325) ; mais elle ne bénéficie pas du régime de faveur concernant les droits d'enregistrement accordé aux fusions (Instr. 2 avr. 1998, précitée, n°s 44 à 53 ; Instr. 12 sept. 2003, BOI 7 H-1-03 ; Com. 26 mai 2004, *SARL Lubéron Santé*, *Dr. fisc.* 2004, n° 42, comm. 773) ; elle n'entraîne pas de taxe professionnelle au sens de l'art. 1469 3° quater CGI (CAA Douai 3 juin 2008, *SAS Fjord Seafood Appeti Marine*, *Dr. fisc.* 2008, n° 44-45, comm. 558). Sur la question particulière du mali de confusion, R.M. JO A.N. 16 févr. 1998, p. 885 ; Instr. 30 déc. 2005 préc., n° 61 ; CE 27 févr. 2006, *Sté Meubles Rapp*, *RJF* 5/06, n° 509 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 4, comm. 78 ; CE 28 févr. 2007, *SA Piquant Burotic*, *RJF* 5/07, n° 545 ; *Dr. fisc.* 2007, comm. 909. Sur le régime fiscal des fusions, *infra* n° 679-1. Sur la dissolution d'une EURL, *infra* n° 245-1.

1. Cette solution a été introduite par la loi NRE du 15 mai 2001 afin d'éviter à l'associé unique d'une EURL ou d'une SASU d'avoir à payer la totalité des dettes sociales, alors qu'il avait entendu limiter sa responsabilité au montant de ses seuls apports (v. auparavant, Douai, 14 nov. 1996, D. 1997, p. 312, F. Proal ; *JCP E* 1997, I, 639, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; II, 925, J.-J. Daigre).

2. F. X. Lucas et alii, *La liquidation dite « amiable » des sociétés*, *Bull. Joly* 2009, p. 285, n° 58 ; F. Collado, *La liquidation amiable des sociétés*, PUAM 2003, préf. D. Vidal.

3. V. pour une difficulté d'application due à l'existence de ces deux séries de textes en cas d'infraction, Crim. 9 mai 1977, *Rev. sociétés* 1977, 719, B. Bouloc, et sur renvoi, Nancy, 3 mai 1978, *Rev. sociétés* 1979, 113, M. Guilbertain.

4. E. Boronad-Lesoin, *La survie de la personne morale dissoute*, *RTD com.* 2003, p. 1 ; A. Bouilloux, *La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation*, *Rev. sociétés* 1994, p. 393.

La raison en est tout autant technique que pratique : pendant la période de liquidation qui peut, du fait de sa complexité (créances à récupérer, contrats à achever, biens à vendre...), s'étendre sur plusieurs années, il est nécessaire que le patrimoine social reste attaché à la personnalité de la société. D'où la règle traditionnelle, reprise par l'article L. 237-2 al. 2 (cf. également art. 1844-8 al. 3 C. civ.), selon laquelle la personnalité morale de la société subsiste automatiquement jusqu'à la clôture de la liquidation ; mais cette personnalité est réduite, puisqu'elle ne survit que pour les besoins de la liquidation.

La personnalité morale disparaît à la clôture de la liquidation (art. L. 237-2 al. 2) qui est en principe fixée au jour où elle est constatée par l'assemblée des associés ou par décision de justice (art. L. 237-9 al. 1, L. 237-10).

Normalement la clôture doit intervenir dans un délai de trois ans à compter de la dissolution (art. 1844-8 in fine C. civ. ; cf. art. L. 237-21).

118 Conséquences du maintien de la personnalité morale ◇ La société conserve son siège social ¹, sa dénomination sociale suivie de la mention « société en liquidation » (*supra*, n° 115) ². Elle conserve également son patrimoine social qui demeure le gage des créanciers sociaux ³, et les associés ne deviennent pas copropriétaires indivis des biens de la société ⁴. La nature mobilière de leurs droits sociaux subsiste ⁵.

Les liquidateurs sont seuls habilités à agir en justice pour représenter la société ⁶ qui peut encore être déclarée en redressement ou en liquidation judiciaire ⁷.

1. Sur le lieu de signification des actes de procédure, siège de la société dissoute ou domicile du liquidateur, cf. Paris, 22 mai 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 477, Y.G.

2. La dissolution de la société n'entraîne pas de plein droit la résiliation des baux des immeubles utilisés pour son activité sociale, ni celle des locaux d'habitation dépendant de ces immeubles (art. L. 237-5 al. 1 C. com.).

3. Com. 27 juin 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 182, Th. Bonneau (inscription d'un nantissement sur le fonds de commerce consenti avant la dissolution de la société). Le créancier personnel d'un associé d'une société dissoute ne peut saisir un bien social, cf. Grenoble, 17 mars 1987, *JCP E* 1988, II, 15168, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. Com. 7 août 1951, *Bull. civ. III*, p. 208, n° 280. Le juge fiscal fait également application de ces règles. Pour un exemple, Orléans 23 sept. 2002, *Richard*, *RJF* 7/03, n° 924 (compte tenu de la survivance de la personnalité morale d'une société pour les besoins de sa liquidation, la cession d'un office notarial propriété de la société, avant la clôture des opérations de liquidation, par le liquidateur à un tiers s'est opérée sans que le bien ait pu transiter par le patrimoine des ayants droit de l'associé unique décédé ; en conséquence, la théorie de la mutation conditionnelle ne peut jouer en l'espèce ; sur cette théorie, *supra* n° 34-1 et *infra* n° 127).

5. Civ. 2^e, 27 oct. 1971, *Rev. sociétés* 1972, 269 (2^e esp.), J.-P. Sortais.

6. V. Com. 20 mai 1974, *Bull. civ. IV*, n° 162, p. 129, accordant des dommages-intérêts à la société en liquidation, victime d'une concurrence déloyale ; Civ. 1^{re}, 16 juin 1987, *Gaz. Pal. somm.* 13 févr. 1988, H. Croze et Ch. Morel (formes de la signification à une société en liquidation) ; Civ. 1^{re} 2 oct. 2002, *BRDA* 20-2002, p. 5 (les associés ne peuvent pas exercer l'action oblique) ; Paris, 27 janv. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 272, n° 70 (gérant dans l'impossibilité d'interjeter appel). Sur la personne habilitée à convoquer l'assemblée, Y. Guyon, *Rev. sociétés* 1993, p. 454 et 796.

7. Com. 27 janv. 1958, *D.* 1958, p. 349.

La société ne conserve toutefois la personnalité juridique que pour les besoins de sa liquidation ¹. Elle ne pourrait pas se transformer en une société d'une autre forme ou entreprendre une activité nouvelle.

Cependant, certaines opérations, en raison de leur intérêt, sont expressément autorisées : fusion, scission, apport global (art. L. 236-1). La continuation d'exploitation pourrait même être exceptionnellement permise (art. L. 237-24 al. 3).

b. Modalités de la liquidation

119 Nomination du liquidateur ◇ Un ou plusieurs liquidateurs ² sont désignés conformément aux dispositions statutaires ou, dans le silence de ces dispositions, par les associés (art. L. 237-1, L. 237-18) ³. Si les associés n'ont pu nommer un liquidateur, celui-ci est désigné par le président du tribunal de commerce, statuant sur requête de tout intéressé (art. L. 237-19, R. 237-12) ⁴. Le liquidateur peut être choisi parmi les associés ou les tiers (administrateur judiciaire, mandataire judiciaire par exemple) ⁵. Sa nomination est soumise à publicité pour être opposable aux tiers (*supra*, n° 115) ⁶. Afin d'éviter que les opérations de liquidation ne s'éternisent, le législateur a prévu qu'en principe les fonctions étaient limitées à trois ans (cf. art. L. 237-21) ⁷.

S'il sollicite le renouvellement de son mandat, le liquidateur doit indiquer les raisons pour lesquelles la liquidation n'a pu être close, les mesures qu'il envisage de prendre et les délais que nécessite l'achèvement de la liquidation (art. L. 237-21 al. 3 ; v. égal. sur la possibilité d'injonction sous astreinte, art. L. 238-

1. Com. 15 nov. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 47, n° 9, P. Le Cannu (un compte-courant ouvert au nom d'une société dans les livres d'une banque est nécessairement clôturé à la dissolution de cette société, sauf prorogation de son fonctionnement pour les besoins des opérations de liquidation) ; Com. 21 juill. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 321, B. Bouloc (n'admettant pas que se rattache aux opérations de liquidation l'octroi par les actionnaires d'une indemnité à l'ancien président de la société pour le rémunérer de l'activité exercée par lui avant la dissolution et non rétribuée jusque-là) ; Paris, 31 mai 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 713, n° 257 (interdiction d'opérations financières spéculatives) ; Paris, 26 oct. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 62, n° 8, PLC.

2. La nomination d'un liquidateur judiciaire dans le cadre d'une procédure collective n'interdit pas la désignation d'un liquidateur dans les conditions de la loi sur les sociétés, Com. 3 juin 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 139, Th. Bonneau ; D. 1998, p. 348, H. Henfack. Si, en raison de l'importance des opérations, plusieurs liquidateurs sont nommés, ils exercent leurs fonctions séparément, sauf disposition contraire de l'acte de nomination. Toutefois le rapport qu'ils présentent doit être commun (art. R. 237-13). V. Soc. 23 mai 1973, *Bull. civ. V*, n° 332, p. 298.

3. L'art. L. 237-18 al. 2 indique les conditions de majorité propres à chaque type de société.

4. Paris, 6 juill. 1993, *RJDA* 1993, p. 870, n° 1041.

5. Le liquidateur doit avoir la capacité juridique de représenter la société ; v. l'interdiction édictée par l'article L. 237-4 al. 1^{er}.

6. Com. 22 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 78, n° 13 (conséquences du défaut de publicité de la nomination au registre du commerce et des sociétés).

7. Une fois le délai expiré, l'assemblée générale des associés ne peut pas décider le renouvellement rétroactif des fonctions du liquidateur amiable, Com. 8 nov. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 386, n° 77, J.-Cl. Hallouin ; *Dr. sociétés* 2006, n° 1, H. Lécuyer ; D. 2005, p. 3015, A. Lienhard.

2) ¹. Le liquidateur peut être révoqué et remplacé suivant les formes prévues pour sa nomination (art. L. 237-22) ².

120 Rôle du liquidateur ◇ Dès la nomination du liquidateur, les organes sociaux perdent leurs pouvoirs de gestion et de représentation (art. L. 237-15) ³. Le liquidateur est désormais le seul représentant de la société (art. L. 237-24 al. 1) ⁴. La mission qui lui est confiée est très vaste, puisqu'il doit :

- *dresser un inventaire* de l'actif et du passif dès son entrée en fonctions et prendre les mesures conservatoires qui s'imposent (renouvellement des baux, assurances, hypothèques, privilèges...) ;
- *recouvrer les créances sociales* non seulement contre les tiers (clients, locataires...) mais aussi contre les associés qui n'auraient pas encore libéré leurs apports ou qui auraient reçu des avances de la société ;
- *réaliser l'actif*. À cette fin, le liquidateur est investi des pouvoirs les plus étendus, même pour une réalisation à l'amiable. Aucune restriction de ces pouvoirs, résultant des statuts ou de l'acte de nomination ne serait opposable aux tiers (art. L. 237-24 al. 1). Le législateur a cependant pris certaines précautions destinées à éviter des opérations douteuses.

La cession de tout ou partie de l'actif de la société au liquidateur ou à ses proches est interdite, sous peine de sanctions pénales (art. L. 237-7 ; L. 247-8, 2°) ⁵.

La cession de tout ou partie de l'actif à une personne ayant participé à la direction ou au contrôle de la société est subordonnée au consentement unanime des associés ou à l'autorisation du tribunal de commerce qui statue après avoir entendu le liquidateur et, s'il en existe, le commissaire aux comptes ou le contrôleur (art. L. 237-6).

La cession globale de l'actif ou l'apport de l'actif à une autre société, notamment par voie de fusion, doit être spécialement autorisé par les associés à la majorité exigée pour les modifications statutaires (art. L. 237-8) ⁶.

1. Com. 23 nov. 1993, *RJDA* 1994, p. 150, n° 174 (terme non spécifié de la durée du mandat) ; sur les conséquences du défaut de renouvellement, Paris, 13 juill. 1990, *RTD com.* 1991, p. 400, n° 8, Cl. Champaud.

2. La révocation judiciaire du liquidateur suppose qu'il ait commis une faute, Com. 24 nov. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 240, n° 56, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993, p. 389, J. Honorat.

3. Com. 3 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 768, n° 284, J.-M. Calendini ; Com. 16 janv. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 55, Th. Bonneau (opposabilité du secret bancaire à l'ancien dirigeant). Il n'est cependant pas mis fin aux fonctions du conseil de surveillance et des commissaires aux comptes qui continuent d'exercer leurs missions (art. L. 237-16).

4. Com. 6 juin 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 866, n° 262. Cf. cependant, Paris, 23 avr. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 631, Y. Guyon ; *RTD com.* 1998, p. 869, Cl. Champaud et D. Danet. V. sur le pouvoir d'agréer une cession d'actions reconnu à la seule assemblée des actionnaires, Paris, 22 oct. 1999, *Dr. sociétés* 2000, n° 22, Th. Bonneau. En cas de dépassement du pouvoir du liquidateur, seuls la société et son représentant légal peuvent s'en prévaloir, Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, *JCP E* 1992, I, 172, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain.

5. Crim. 8 déc. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 498, n° 104, J.-F. Barbière ; *D. aff.* 2000, p. 120, A. Lienhard et 2001, p. 1091, D. Cohen ; *Rev. sociétés* 2000, p. 571, B. Boulloc.

6. Com. 24 févr. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 55, p. 40 ; Civ. 1^{re}, 17 oct. 1973, *D.* 1975, p. 157, F. Steinmetz.

La cession de bail est possible, quitte à aménager les garanties offertes (art. L. 237-5 al. 2 ; R. 237-4).

– *Payer les créanciers de la société* (art. L. 237-24 al. 2). Il n'y a pas comme en matière de « faillites » une procédure d'apurement collectif du passif. Les créanciers sont donc désintéressés au fur et à mesure qu'ils se présentent ; et s'ils sont en même temps débiteurs de la société, ils peuvent opposer au liquidateur la compensation entre leur dette et leur créance ¹. Les créanciers à terme ne peuvent pas exiger un paiement immédiat, sauf convention contraire ou application de l'article 1188 du Code civil (debiteur ayant diminué par son fait les sûretés qu'il avait données à son créancier).

Toute décision de répartition de fonds est publiée dans un journal d'annonces légales, ainsi qu'au BALO si la société a fait publiquement appel à l'épargne. Ces mesures de publicité sont destinées à favoriser les oppositions (cf. art. R. 237-16 à R. 237-18) ².

En pratique, avant de commencer les paiements, les liquidateurs préfèrent dresser un état liquidatif afin de faire apparaître le passif privilégié, le passif chirographaire et les éventuels prêts participatifs qui seront remboursés en dernier (art. L. 313-15 C. mon.). S'ils découvrent qu'ils sont dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, ils doivent différer la clôture de la liquidation et procéder au dépôt de bilan, afin qu'une procédure collective soit ouverte à l'égard de la société ³.

– *Éventuellement verser des acomptes sur liquidation*. Le liquidateur peut, en cours de liquidation, décider s'il convient de distribuer les fonds devenus disponibles aux associés. Mais cette distribution ne peut être faite que sous réserve des droits des créanciers (art. L. 237-31 al. 1).

Après mise en demeure infructueuse du liquidateur, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé d'ordonner une répartition (al. 2).

Dans tous les cas, la décision de répartition des fonds doit être publiée comme pour les répartitions entre créanciers (al. 2 et art. R. 237-16).

121 **Contrôle du liquidateur** ◇ La loi donne aux associés un rôle important dans la surveillance des opérations de liquidation, c'est pourquoi elle oblige le liquidateur à les convoquer régulièrement afin de les informer de l'état d'avancement des opérations.

Dans les six mois de sa nomination, le liquidateur doit convoquer l'assemblée des associés, et lui faire rapport ⁴ sur la situation active et passive de la société, sur la

1. Com. 20 juill. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 75, C. Atias.

2. L'opposition d'un créancier entre les mains du liquidateur devrait imposer un règlement au marc le franc. V. cependant Civ. 1^{re}, 17 oct. 1973, préc.

3. Com. 11 oct. 2005, *Rev. sociétés* 2006, 618, L. Amiel-Cosme ; Com. 29 janv. 2008, *BRDA* n° 6-2008, p. 4.

4. Le délai dans lequel le liquidateur doit faire son rapport peut être porté à douze mois sur sa demande par décision de justice (art. L. 237-23 al. 1).

poursuite des opérations de liquidation et le délai nécessaire pour les terminer (art. L. 237-23 al. 1^{er}, cf. aussi al. 2 et 3 ; art. R. 237-15 ; et sur les sanctions pénales, art. L. 247-7, 1^o).

Dans les trois mois de la clôture de chaque exercice le liquidateur est tenu d'établir l'inventaire, les comptes annuels et un rapport écrit par lequel il rend compte des opérations de liquidation au cours de l'exercice écoulé (art. L. 237-25 al. 1 ; et sur les sanctions pénales, art. L. 247-7, 2^o).

Au moins une fois par an et dans les six mois de la clôture de l'exercice, le liquidateur doit convoquer une assemblée des associés à l'effet de statuer notamment sur les comptes annuels (art. L. 237-25 al. 2). La réunion de cette assemblée est obligatoire en cas de continuation de l'exploitation sociale (art. L. 237-28). Si l'exploitation n'est pas poursuivie, une dispense judiciaire peut être accordée (art. L. 237-25 al. 2 ; R. 237-15 al. 1^{er})¹.

Pendant toute la période de liquidation, les associés peuvent prendre communication des documents sociaux dans les mêmes conditions qu'avant la dissolution (art. L. 237-26)².

En cas de liquidation sur décision judiciaire (*supra*, n° 116 *in fine*) les commissaires aux comptes et le conseil de surveillance qui existaient auparavant continuent d'exercer leurs missions de contrôle (art. L. 237-16). En l'absence de commissaire aux comptes, un ou plusieurs contrôleurs peuvent même être désignés (art. L. 237-17 ; R. 237-11).

La *responsabilité civile* du liquidateur peut être engagée pour toutes les fautes dommageables qu'il aurait commises dans l'exercice de ses fonctions, le préjudice pouvant avoir été subi par les tiers, la société (art. L. 237-12 al. 1) et même par les associés³. La compétence est celle du tribunal de commerce, et l'action se prescrit par trois ans (dix ans en cas de crime, cf. art. L. 237-12 al. 2 et L. 225-254)⁴.

1. Tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au liquidateur de remplir les obligations prévues aux articles L. 237-21 et L. 237-25 (art. L. 238-2).

2. Paris, 29 nov. 1985, *Rev. sociétés* 1986, p. 111, Y. Guyon.

3. V. par ex. Com. 11 oct. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 491, n° 97, C. Régnaut-Moutier (non provisionnement de créances litigieuses) ; Com. 2 févr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 273, n° 71 (omission délibérée d'une créance) ; Com. 2 mai 1985, *Bull. civ.* IV, n° 139, p. 120 (clôture prématurée de la liquidation) ; Com. 9 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 64, n° 9, J.-F. Barbieri ; *JCP E* 1994, I, 331, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 7 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 166, n° 39, P. Le Cannu ; Com. 26 juin 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1232, n° 323, P. Le Cannu (liquidateur condamné à indemniser la victime de sa perte de chance d'obtenir le règlement de sa créance). Rapp. Com. 23 mars 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 110, Th. Bonneau (omission fautive par un ancien dirigeant de fournir au liquidateur les éléments nécessaires à la prise en compte des droits du salarié).

4. La prescription de l'action en responsabilité engagée à l'encontre du liquidateur ne peut commencer à courir que du jour où les droits des victimes ont été définitivement reconnus par une décision de justice, Com. 23 mars 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 134, Th. Bonneau ; Com. 7 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 280, n° 69, Ch. Hannoun ; *Dr. sociétés* 1994, n° 21, Th. Bonneau ; Com. 11 juill. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1134, n° 281 ; Paris, 7 nov. 1997, *Dr. sociétés* 1998, n° 39, Th. Bonneau.

Le non-respect de la plupart des obligations incombant au liquidateur est sanctionné *pénalement* (cf. art. L. 247-5 à L. 247-8) ¹. Sa responsabilité fiscale peut être également retenue ².

C. Clôture de la liquidation

- 122 Modalités** ◇ En fin de liquidation, tous les associés doivent être convoqués pour statuer sur le compte définitif, sur le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat ³. L'assemblée constate également la clôture de la liquidation (art. L. 237-9 al. 1).

À défaut de convocation, tout associé pourrait demander au président du tribunal de commerce statuant en référé la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la convocation (art. L. 237-9 al. 2, R. 237-5).

Si l'assemblée de clôture ne peut délibérer ou si elle refuse d'approuver les comptes du liquidateur, le liquidateur doit déposer ses comptes au greffe du tribunal de commerce où tout intéressé peut en prendre connaissance et copie. À la demande du liquidateur ou de tout intéressé, le tribunal de commerce statue sur ces comptes et, le cas échéant, sur la clôture de la liquidation, aux lieu et place de l'assemblée (art. L. 237-10 ; R. 237-6).

La clôture de la liquidation fait l'objet des mesures de publicité classiques (dépôt au greffe, avis de clôture dans un journal d'annonces légales, radiation au registre du commerce et des sociétés, insertion au BODACC, v. art. L. 237-11 ; R. 237-7 s.) ⁴.

- 123 Effets** ◇ À partir du moment où la clôture de la liquidation est prononcée, la personnalité morale de la société disparaît (art. L. 237-2 al. 2 ; *supra*, n° 117) ⁵, et les fonctions du liquidateur cessent ⁶. En particulier, il n'est plus habilité à représenter la société ⁷.

1. Crim. 8 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 162, n° 38, J.-F. Barbière ; *Rev. sociétés* 1994, p. 298, B. Boulou (recevabilité de la constitution de partie civile d'un associé contre le liquidateur) ; Crim. 7 mars 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 631, n° 177, J.-F. Barbière ; *Rev. sociétés* 1994, p. 506, B. Boulou (application des dispositions pénales au liquidateur amiable d'une SARL).

2. Com. 3 oct. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 11, D. Vidal.

3. Le quitus laisse intact le droit des tiers d'agir en responsabilité contre le liquidateur, Paris, 28 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1115, n° 328, J.-F. Barbière (comp. *Mémento Lefebvre* n° 27697).

4. Lyon, 13 juin 1997, *JCP E* 1998, p. 421, Th. Granier ; *Bull. Joly* 1997, p. 812, n° 297, G. Baranger.

5. Limoges, 5 mars 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 753, n° 220.

6. Com. 5 mai 2009, D. 2009, p. 1415.

7. Sur la nomination d'un administrateur *ad hoc*, 2° Civ. 24 janv. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 388, n° 83, G. Gil ; Com. 25 janv. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 51, J.-P. Sortais ; Com. 15 mai 1984 (2° esp.), *Rev. sociétés* 1985, 91, J.-P. Sortais ; Com. 11 juin 1985, *Bull. civ.* IV, n° 189, p. 158 ; Com. 31 mai 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 588, n° 192 (modalités de la signification à une société liquidée) ; Com. 15 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1153, n° 344, J.-F. Barbière ; *Rev. sociétés* 1993, p. 797, Y. Chartier ; Com. 8 mars 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 636, n° 178 ; Com. 18 janv. 2000, *BRDA* n° 5-2000, p. 3. Rapp. Com. 31 mai 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 589, n° 193 (droit des associés, restés en indivision pour certains biens sociaux de la société liquidée, d'agir en justice) ; cf.

Une difficulté particulière se présente lorsqu'on découvre après l'accomplissement des formalités de publicité et la radiation au registre du commerce et des sociétés, qu'un créancier a été omis ou qu'un litige dans lequel la société était partie n'est pas terminé.

En ce cas, la jurisprudence admet que la personnalité morale subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés ¹. Il convient alors de demander en justice la nomination d'un mandataire *ad hoc* (art. 875 CPC) puisque le mandat du liquidateur a pris irrémédiablement fin avec la clôture de la liquidation ².

B. Partage

124 Mise en œuvre ◇ Le partage entre associés a pu commencer en cours de liquidation lorsque le liquidateur a procédé à une distribution sur les fonds disponibles (*supra*, n° 120). Mais il intervient en principe après clôture de la liquidation, et ce sont les règles prévues pour le partage des successions qui s'appliquent, y compris celles de l'attribution préférentielle ³ (art. 1844-9 al. 2 C. civ.).

Le partage est généralement amiable. Il pourrait être judiciaire si les associés ne s'entendaient pas, ou si figuraient parmi eux des incapables (art. 823, 838 C. civ.). Exceptionnellement, tous les associés, ou certains d'entre eux seulement, pourraient demeurer dans l'indivision pour tout ou partie des biens sociaux. Leurs rapports seraient alors régis par les dispositions relatives à l'indivision, jusqu'à ce que le partage soit provoqué (art. 1844-9 al. 4 ; 815 al. 1 C. civ.) ⁴.

Cl. Champaud, *RTD com.* 1990, p. 42, n° 8 ; Paris, 16 juin 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, n° 7, A. Viandier et J.-J. Caussain.

1. Com. 30 mai 1978, *JCP* 1979, II, 19087, Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1979, 361, J.-Cl. Bousquet ; Com. 12 avr. 1983, *RTD com.* 1983, p. 604, n° 7, Ph. Merle (ouverture d'une procédure collective) ; Civ. 2^e, 19 nov. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 1143, n° 347-II ; Com. 26 janv. 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 394, Y. Chartier ; Com. 5 juill. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1089, n° 298 ; Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 496, n° 168, J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1996, n° 120, Th. Bonneau.

2. Cf. note Y. Guyon, sous Com. 3 juill. 2001, *JCP E* 2002, 76 ; Com. 10 déc. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 340, n° 137, P. Le Cannu (saisie-arrêt) ; Civ. 3^e, 9 juin 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1209, n° 280, concl. Guérin ; *RTD com.* 1999, p. 692, M.H. Monsérié-Bon (prescription) ; Civ. 3^e, 31 mai 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 134, Th. Bonneau.

3. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1983, *Bull. civ. I*, n° 256, p. 230 ; *RTD civ.* 1984, p. 756, n° 3, J. Patarin (attribution préférentielle en faveur d'une concubine, associée de fait) ; R.M. JO déb. Sénat 1^{er} janv. 1987, p. 1817, *JCP E* 1987, 14892. Le partage amiable requiert le consentement unanime des associés, Com. 30 mai 2007, *Rev. Sociétés* 2007, p. 787, J. F. Barbiéri.

4. Cf. par ex. Com. 31 mai 1988, préc., *Bull. Joly* 1988, p. 589, n° 193 (droit des associés restés en indivision d'agir en réparation d'un trouble souffert dans l'exploitation d'un fonds) ; Com. 24 mars 1998, *JCP E* 1998, p. 1733, M.L. Fortuné-Cavalié ; *Bull. Joly* 1998, p. 780, n° 253, J.-P. Garçon ; *RTD com.* 1998, p. 616, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris, 15 sept. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 302, n° 56, D. Randoux. Sur l'irrecevabilité de l'action en justice de l'indivision, dénuée de la personnalité morale, Paris, 24 avr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 627, Y. Guyon.

- 125 Répartition** ◇ Le partage va porter sur l'actif restant après extinction du passif ou sur le passif restant après réalisation de l'actif ¹.

Normalement tous les éléments d'actif ont dû être réalisés. Il est toutefois permis aux associés de décider, soit dans les statuts, soit par une décision ou un acte distinct, que certains biens seront attribués à certains associés ². À défaut de cette attribution conventionnelle, tout bien apporté qui se retrouve en nature dans la masse partagée est attribué, sur sa demande, et à charge de soulte s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport ³. Cette reprise d'apport s'effectue avant toute attribution préférentielle qui pourrait être demandée (art. 1844-9 al. 3 C. civ.).

– Dans l'hypothèse où tout l'actif a été réalisé, **s'il reste une somme d'argent à partager**, chaque associé commence par recevoir le montant nominal des parts ou actions dont il est titulaire.

Si, après remboursement des apports, il reste un *boni de liquidation*, celui-ci est réparti entre les associés en fonction des dispositions statutaires. À défaut, la répartition doit s'opérer en proportion de leur participation au capital social (art. L. 237-29 ; comp. art. 1844-9 al. 1 C. civ.). L'apporteur en industrie a, sauf clause contraire, une part égale à celle de l'associé qui a le moins apporté en numéraire ou en nature (art. 1844-1 al. 1 C. civ.).

– Dans l'hypothèse où le passif n'a pu être intégralement réglé, les associés dont la responsabilité est limitée à leurs apports perdent tout ou partie de ceux-ci ⁴. Les associés tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales devront, quant à eux, désintéresser personnellement les créanciers sociaux. Mais, en pratique, ce seront les règles du redressement ou de la liquidation judiciaire qui joueront.

Le partage, comme le partage successoral, a un effet déclaratif (art. 883 C. civ.). Il pourrait être annulé pour vice de forme, dol ou violence (art. 887 al. 1 C. civ.). Il serait également rescindable pour lésion de plus du quart (art. 887 al. 2 C. civ.) ⁵.

- 126 Action des créanciers sociaux** ◇ Lorsque la liquidation est terminée, les créanciers n'ont plus d'action contre la société, puisque sa personnalité

1. Sur le partage en nature ou en valeur d'un paquet d'actions afin de respecter le principe d'égalité, Paris 2 juill. 2002, *RJDA* 2003, n° 34, p. 29.

2. TGI Draguignan 25 nov. 1981, *Rev. sociétés* 1983, 51, B. Bouloc.

3. S'il existe des biens ayant fait l'objet d'un apport en jouissance ou en usufruit, les apporteurs peuvent les reprendre puisqu'ils n'ont pas cessé d'en être propriétaires, à condition que l'apport n'ait pas été fait pour une durée supérieure à la société.

4. Com. 17 déc. 1971, *Rev. sociétés* 1981, 81, J.-P. Sortais.

5. Selon la Cour de cassation, ne peut être qualifiée de partage la répartition d'actifs sociaux entre associés, à l'occasion d'une réduction de capital, Civ. 3^e, 15 janv. 1997, *JCP E* 1997, II, 930, A. Couret ; *D.* 1997, p. 216, Ph. Malaurie ; *Bull. Joly* 1997, p. 328, J.-J. Daigre ; *RJDA* 1997, p. 503, rapport C. Daum ; *Dr. sociétés* 1997, n° 38, Th. Bonneau. J.-P. Garçon et F.X. Lucas, *Peut-on encore parler de partage partiel d'une société ?* *JCP E* 1997, p. 1296.

morale a disparu. Ils ont cependant une *action directe* contre les associés si l'actif a été partagé alors qu'ils n'ont pas été désintéressés ¹.

Si l'action concerne un associé d'une SARL ou un actionnaire d'une SA, elle est limitée à son apport et à ce qu'il a reçu dans le partage ². Mais elle est possible pour le tout s'il s'agit d'associés en nom collectif ou de commandités.

Une courte prescription de cinq ans a été établie pour mettre fin rapidement aux contestations liées à la dissolution des sociétés ³. Ce délai court à compter de la publication de la dissolution au registre du commerce et des sociétés (cf. art. L. 237-13) ⁴.

127 Régime fiscal ⁵ ◇ La dissolution, qui vaut cessation d'activité ⁶, peut être une opération très onéreuse lorsque la liquidation dégage un *boni*, c'est pourquoi certaines préfèrent rester « en sommeil » (*supra*, n° 106) ⁷.

Les dissolutions qui n'emportent aucune transmission de biens meubles ou immeubles sont enregistrées moyennant le paiement d'un seul droit fixe de 375 € ou 500 € ⁸.

Dans les cas contraires, les impôts dus à ce titre diffèrent selon que la société relève de l'impôt sur le revenu (IR) ou de l'impôt sur les sociétés (IS).

1. Sur l'existence de cette action directe et ses limites, cf. M. Germain, note sous Com. 17 déc. 1979, JCP 1981, II, 19528.

2. Com. 13 juin 1984, *Rev. sociétés* 1985, 405, J. Hémard.

3. Cette prescription ne concerne que les actions contre les associés non liquidateurs ou leur conjoint survivant, héritiers ou ayants cause. Elle ne s'applique pas envers les associés des sociétés créées de fait (Com. 19 janv. 1981, JCP 1982, II, 19816, Y. Chartier) ou des sociétés en participation.

4. Com. 8 mars 2005, *BRDA* n° 7 – 2005, p. 4.

5. Th. Duval, *Le traitement fiscal de la liquidation amiable*, Bull. Joly mars 2009, § 63, p. 322.

6. Art. 201 CGI (sociétés non soumises à l'IS) et 221-2 (sociétés soumises à l'IS). La cession par les associés de la totalité des parts d'une société non soumise à l'IS vaut cessation d'entreprise et les associés cédant sont immédiatement imposables sur le bénéfice social réalisé entre la date d'ouverture de l'exercice et la cession des parts (art. 201-1 CGI ; CAA Nantes 31 juill. 2002, *Roulland*, RJF 1/03, n° 63 ; *Dr. fisc.* 2003, n° 7, comm. 113 ; *contra* mais indirectement, CE 16 mai 2007, *Fougères*, *Dr. fisc.* 2007, n° 38, comm. 845, et *Dr. fisc.* 2008, n° 10, comm. 195). *A contrario*, sur la neutralité de principe d'une cession massive de droits sociaux d'une société relevant de l'IS, *infra* n° 657.

7. Sur le cas particulier de la dissolution des sociétés unipersonnelles, *supra* n° 116 et *infra* n° 245-1 (EURL).

8. Art. 811-2° CGI.

Régime fiscal de la dissolution des sociétés

	Société IR	Société IS
Droits d'enregistrement	• Principe droit de partage 1,10 % ^(a) • Corps certains ^(b) : théorie de la mutation conditionnelle ^(c) – Apporteur initial : exonération ^(d) – Autre associé : droit de mutation ^(e)	• Principe droit de partage 1,10 % • Quelques corps certains ^(f) : résurgence mutation conditionnelle ^(g)
Impôts directs	• Apports et réserves : exonérés ^(h) • Résultats imposables au taux normal ⁽ⁱ⁾ : régime fiscal associé ^(j) • Plus-values à long terme : 28,1 % ^(k)	• Imposition de la société – Résultats imposables au taux normal ^(l) : IS 33,1/3 % ^(m) – Plus-values à long terme : IS 15 % ⁽ⁿ⁾ • Imposition des associés – Apports : exonérés ^(o) – Surplus = boni de liquidation distributions régulières ^(p)

(a) Art. 746 CGI. En cas de soulte, les droits de mutation sont exigibles dans la limite de cette soulte. Le juge fiscal, se référant à l'art. 1844-9 C. civ., en déduit que le partage ne peut intervenir qu'après clôture de la liquidation de la société : Com. 23 sept. 2008, *Dray*, R/JF 12/08, n° 1396 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 49, comm. 608 (l'acte constatant la réduction du capital non suivie d'une liquidation n'entraîne pas l'exigibilité du droit de 1,10 %).

(b) Sont visés ici les corps certains ayant fait l'objet d'un apport à titre pur et simple à la société, lors de sa constitution ou lors d'une augmentation de capital.

(c) Sur la notion de mutation conditionnelle, *supra* n° 34-1. Il peut arriver que cette théorie soit mise en échec : CA Orléans 23 sept. 2002, *Richard*, R/JF 7/03, n° 924, *Dr. fisc.* 2003, n° 38, comm. 650.

(d) Toutefois, s'il s'agit d'immeubles ou de droits immobiliers : perception de la taxe de publicité foncière (0,715 % compte tenu du prélèvement pour frais d'assiette) lors de la publication de l'acte à la conservation des hypothèques. Par ailleurs, en cas de soulte, aucun droit de mutation n'est exigible.

(e) Art. 1594 D CGI pour les immeubles (soit 5,09 %) et art. 719 pour les fonds de commerce (soit 5 % pour la fraction supérieure à 200 000 €).

(f) Il s'agit ici des hypothèses dans lesquelles des apports, faits à la société par un apporteur relevant de l'IR, auraient été exonérés, sous conditions (v. *supra* n° 34-1).

(g) Dans de tels cas, si les biens sont attribués à l'apporteur initial, aucun droit n'est dû (hormis la taxe de publicité foncière sur les immeubles). S'ils sont attribués à un autre associé, sont alors dus les droits de mutation y afférents.

(h) En ce qui concerne les apports, il s'agit d'un remboursement par la société de sa dette envers ses associés. Quant aux réserves, elles ont déjà été imposées entre les mains des associés lors de leur réalisation.

(i) Sont visés ici le bénéfice de l'exercice en cours, les provisions devenues sans objet et les plus-values à court terme en sursis d'imposition.

(j) V. *supra* n° 13-1.

(k) Sur la notion de plus-values à long terme (*infra* n° 547). Le taux de 28,1 %, qui vaut pour les plus-values professionnelles, se décompose ainsi : 16 % d'impôt sur les bénéfices proprement dit (art. 39 quinquies CGI) et 12,1 % correspondant aux divers prélèvements sociaux. Sur les plus-values mobilières des professionnels, *supra* n° 13-1 (Instr. 20 mars 2003, BOI 4 F-3-03).

(l) Comme pour les sociétés relevant de l'IR, sont visés ici le bénéfice de l'exercice en cours, les provisions devenues sans objet et les plus-values à court terme en sursis d'imposition.

(m) Il convient d'y ajouter éventuellement la CSB de 3,3 % (v. *supra* n° 5).

(n) Les plus-values à long terme afférentes à des titres de participation font l'objet d'une imposition séparée au taux de 0, en contrepartie de la prise en compte par la détermination du résultat imposable d'une quote-part de frais et charges (sur le régime de faveur de certaines plus-values boursières, *infra* n° 315-1). Par ailleurs, il convient d'ajouter à l'IS au taux réduit éventuellement la CSB.

(o) Art. 112-3° et 159-1 CGI.

(p) Le boni bénéficie en principe du régime faveur des revenus régulièrement distribués (*infra* n° 301). Il existe des cas particuliers : lorsque les associés ont acquis leurs titres en cours de vie sociale pour un prix différent de leur valeur nominale, ou lorsque les titres figurent à l'actif d'une entreprise, ou encore lorsque l'un des associés est une société « mère » au regard de l'art. 216 CGI (*infra* n° 666-2), ou enfin en cas de versement d'une soulte excessive (CE 10 nov. 2004, *SA Holding Henri Heuliez*, *Dr. soc.* 2005, n° 37).

DEUXIÈME PARTIE

RÈGLES PROPRES À CHAQUE TYPE DE SOCIÉTÉ

128 Plan ◇ Maintenant que sont connues les règles communes à toutes les sociétés commerciales, il est possible de présenter les règles propres à chaque société selon son type, en y ajoutant les groupements d'intérêt économique :

Titre 1 : Les sociétés de personnes.

Titre 2 : La société à responsabilité limitée.

Titre 3 : Les sociétés de capitaux.

Titre 4 : Les sociétés sans personnalité morale.

Titre 5 : Les groupements d'intérêt économique.

TITRE 1

LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Les sociétés de personnes sont la société en nom collectif et la société en commandite simple.

Chapitre 1 : La société en nom collectif.

Chapitre 2 : La société en commandite simple.

CHAPITRE 1

LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

129 Éléments caractéristiques ¹ ◇ La société en nom collectif (SNC) ² est le type même de la société de personnes. Tous ses associés ont à ce titre, la qualité de commerçant ³ et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales (art. L. 221-1 al. 1). L'*intuitus personae* étant particulièrement fort ⁴, les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés (art. L. 221-13 al. 1), et le décès de l'un d'eux entraîne en principe la dissolution de la société (art. L. 221-15).

La simplicité de constitution et de fonctionnement de cette société entre commerçants associés explique son succès très ancien. La réglementation qui lui était consacrée dans l'ancien Code de commerce était brève. La loi de 1966 a repris, en les précisant, les solutions antérieures, aujourd'hui codifiées sous les articles L. 221-1 à L. 221-17 et R. 221-1 à R. 221-10 du Code de commerce.

130 Avantages et inconvénients ◇ Si la société en nom est généralement utilisée par quelques commerçants ayant un patrimoine modeste, elle peut également réunir des entreprises industrielles importantes dans un groupe de sociétés.

La société en nom collectif ne regroupe en principe qu'un petit nombre d'associés, souvent pas plus de deux ou trois (père et fils ; frères et sœurs continuant l'entreprise paternelle ; pharmacien ⁵ et son ancien assistant). Responsables sans limite sur leurs biens personnels, et solidairement, il est indispensable qu'ils se connaissent bien et se fassent mutuellement confiance : le plus souvent les associés sont tous gérants, et chaque gérant engage séparément la société et tous les associés (*infra*, n° 140).

Les règles de *constitution* et de *fonctionnement* de la SNC sont plus simples que celles de la SARL et de la SA. La *gérance* de la société en nom collectif est d'une très grande stabilité : si tous les associés sont gérants ou si un ou plusieurs gérants choisis parmi les associés sont désignés dans les statuts,

1. F. Derrida, *De la nature juridique des sociétés par intérêt depuis la loi du 24 juill. 1966*, in *Mélanges Audinet*, Aix, 1968, p. 43 ; I. Pascual, *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTD com. 1998, p. 273.

2. L'abréviation « SNC » peut être utilisée, art. R. 123-238 (*cf.* n° 133).

3. *Cf.* F.X. Lucas, *Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom*, in *Mélanges A. Honorat*, éd. Frison-Roche 2000.

4. V. pour une dissolution prononcée à la suite d'une mésentente entre associés égalitaires, Versailles, 30 sept. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 426, n° 87.

5. Sur les conséquences de la perte de la qualité de pharmacien dans une SNC exploitant une officine, Aix 27 juin 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 86, J. Monnet.

leur révocation ne peut être décidée qu'à l'unanimité (art. L. 221-12). La situation est donc beaucoup plus confortable que celle du gérant de SARL qui est révocable par les associés représentant plus de la moitié du capital social (*infra*, n° 188) et celle des administrateurs de SA, révocables *ad nutum* (*infra*, n° 386).

La SNC a un *caractère très fermé* : les cessions de parts, même entre associés, doivent être autorisées à l'unanimité. C'est l'assurance de ne pas voir entrer dans la société des personnes indésirables et de ne pouvoir modifier la répartition des parts prévue à l'origine qu'avec l'accord de tous. Mais la contrepartie est qu'un associé ne peut quitter la société qu'avec l'accord de tous ses coassociés (*infra*, n° 156).

La *responsabilité indéfinie et solidaire* des associés de la société en nom peut paraître un handicap rédhibitoire si on la compare à la responsabilité limitée des associés de la SARL. En réalité, cette première impression doit être sérieusement nuancée si l'on examine la situation des dirigeants de ces sociétés. En cas de liquidation judiciaire de la SARL, les gérants de droit ou de fait pourront en effet être appelés à supporter l'insuffisance d'actif de la société, sur leur patrimoine personnel, dès lors qu'ils auront commis des fautes de gestion (art. L. 651-2 nouv.). De plus, et surtout, les banquiers ne se contentent ni de la faible garantie offerte par le capital social des SARL, ni de la responsabilité limitée à leurs apports des associés ; ils exigent systématiquement la caution personnelle ou, à défaut, une hypothèque du gérant ou de l'associé majoritaire pour les engagements de la société (*infra*, n° 175). C'est dire qu'en ce qui concerne les gérants de SARL (et souvent les associés majoritaires), les risques encourus sont en pratique les mêmes dans la SARL que s'ils étaient dans une société en nom ¹.

Sur le terrain fiscal, le régime de la société en nom collectif est celui des sociétés de personnes (*supra*, n° 13-1), alors que le régime fiscal de la SARL est en principe celui des sociétés de capitaux (*supra*, n° 5). L'imposition des bénéfices est pratiquement la même que celle des commerçants individuels. Si bien que la SNC n'est adaptée, sur le terrain fiscal, qu'aux sociétés réalisant peu de bénéfices que les associés désirent s'approprier, et qu'au cas de groupes de sociétés puisque la personnalité juridique de la SNC filiale est fiscalement occultée vis-à-vis de la société mère ². Dans la mesure où la SNC relève de la fiscalité des sociétés de personnes, les bénéfices qu'elle procure, comme les pertes qu'elle génère, remontent directement entre les mains des associés. Les pertes peuvent alors permettre de réduire, par imputation, les revenus imposables de ces associés ³.

1. Sur les risques encourus par l'associé de l'EURL, cf. *infra*, n° 235.

2. Sur l'utilisation de la SNC pour une consolidation fiscale « sauvage », *infra* n° 666-2. Ce montage a cependant beaucoup perdu de son intérêt depuis l'introduction du régime de l'intégration fiscale, à 95 %, *infra* n° 666-3. Sur une certaine transparence juridique de la SNC, cf. Civ. 3^e, 18 déc. 1991, *Gaz. Pal.* 4 févr. 1992, J. D. Barbier ; Paris, 28 nov. 1990, *JCP E* 1991, I, 61, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. On remarquera toutefois que cette possibilité n'est laissée aux associés personnes physiques qu'à la condition qu'ils exercent leur profession dans le cadre de la SNC. Les autres

La séduction d'une telle structure apparaît alors immédiatement pour les groupes, qui ont intérêt à loger leurs activités structurellement déficitaires (par exemple la recherche, la gestion) dans une telle société afin d'utiliser à leur profit ses déficits. On assiste ainsi à un regain d'intérêt pour les SNC utilisées à des fins de « consolidation sauvage ».

Sur le plan social, les associés, gérants ou non, ont la qualité de commerçants et sont assujettis à toutes les obligations de ceux-ci (régime d'allocations familiales des employeurs et travailleurs indépendants, régime obligatoire d'assurance vieillesse des industriels et commerçants, régime d'assurance-maladie des non salariés des professions non agricoles) ; seul le gérant non associé, hypothèse exceptionnelle, pourrait bénéficier du régime général de la sécurité sociale, étant assimilé à un salarié.

En définitive, et en se plaçant sur le seul terrain juridique, on remarque que le régime de la SNC peut, depuis la loi du 23 décembre 1985, être adopté par deux époux voulant être associés dans la même entreprise (*supra*, n° 48). En revanche, la société en nom est exclue dès lors que l'un des futurs associés n'a pas la capacité pour être commerçant (cas du mineur même émancipé). Elle ne permet pas non plus de faire appel public à l'épargne ni d'émettre des titres négociables (art. 1841 C. civ.). Enfin, elle est inadaptée, dès lors que les associés doivent être nombreux.

SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

Seules sont envisagées ici les conditions particulières aux sociétés en nom collectif, puisque les conditions applicables à toutes les sociétés ont déjà été exposées (*supra*, n°s 45 s.).

- 131 Associés** ◇ La SNC doit comprendre au moins deux associés, personnes physiques ou personnes morales ¹. À la différence des SARL (*infra*, n° 177) aucun maximum n'est fixé. Les associés ont tous la qualité de commerçant (art. L. 221-1 al. 1) ² et doivent avoir la capacité voulue pour faire le

associés ne peuvent qu'imputer leur quote-part de déficits sur les bénéfices de même nature des six années suivantes (art. 156-I-1° bis CGI ; Instr. 4 A-7-96) : en pratique sont principalement visés les simples placements dans lesquels l'acquéreur n'assume pas les risques inhérents à l'exploitation.

1. Une SELARL, étant commerciale par la forme mais civile par son objet, ne peut pas être associée d'une SNC, dont tous les membres doivent avoir la qualité de commerçant : Versailles 28 oct. 2004, JCP E 2005, 131, n° 7, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; Dr. sociétés 2005, n° 30, J. Monnet ; D. 2005, p. 80, A. Lienhard. Cf. sur un montage abusif, P. Diener, *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL*, JCP E 1992, I, 153. V. égal. A. Reygrobellet, *Pour une SNC... unipersonnelle*, D. 2003, p. 679.

2. Il en résulte notamment que le cautionnement accordé par l'un des associés peut se prouver par tous moyens, Com. 12 juin 1990, Bull. Joly 1990, p. 793, n° 235.

commerce. Ce type de société est donc interdit aux mineurs, émancipés ou non (art. 487 C. civ. et L. 121-2) ¹ ; aux majeurs en tutelle ou en curatelle ; aux personnes soumises à une incompatibilité, une déchéance ou une interdiction ². Depuis la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, qui a modifié l'article 1832-1 al. 1 du Code civil, plus rien ne s'oppose à ce que deux époux soient associés, seuls ou avec des tiers, de la même société en nom collectif (*supra*, n° 48).

- 132 Capital social et apports** ◇ La loi ne fixe *aucun capital minimum*, étant donné que les associés sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales (art. L. 221-1 al. 1). Le capital peut donc être symbolique ³. Lorsqu'il est souscrit en espèces, les intérêts sont dus de plein droit à la société, à partir du jour où l'apport devait être réalisé (art. 1843-3 al. 5 C. civ.).

Généralement, la libération se fait sur appel de la gérance, au fur et à mesure des besoins, aucun délai légal n'étant imposé. Les apports en nature ne font pas l'objet d'une procédure de vérification. S'il y a des apports en industrie, ils ne concourent pas à la formation du capital social, ne pouvant faire l'objet d'une vente forcée (art. 1843-2 al. 2 C. civ.).

- 133 Dénomination sociale** ◇ La loi du 24 juillet 1966 prévoyait que la SNC devait s'engager sous le nom de ses associés formant la *raison sociale*. La raison sociale devait être composée du nom de tous les associés, ou du nom de l'un ou plusieurs d'entre eux suivi des mots « et compagnie ».

Une loi du 11 juillet 1985 a supprimé pour les sociétés en nom collectif l'obligation d'avoir une raison sociale et l'article L. 221-2 dispose que « *la société en nom collectif est désignée par une dénomination sociale, à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés et qui doit être précédée ou suivie immédiatement des mots « société en nom collectif » ou des lettres « SNC »* » ⁴. Les associés peuvent donc désormais choisir une dénomination sociale formée d'un nom de fantaisie ; ils peuvent y inclure leur nom, mais n'y sont plus obligés ⁵ ; les tiers étant renseignés (suffisamment ?) par la mention « société en nom collectif ».

1. Sur la situation de l'héritier mineur d'un associé décédé au cours de la vie sociale, cf. art. L. 221-15 C. com. (*infra*, n° 157).

2. Cf. M. Pédamon, n°s 129 s. Pour les étrangers, cf. *supra*, n° 49 et art. L. 122-1.

3. J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, n° 397. Sur les modalités des augmentations de capital dans les sociétés en nom collectif, cf. E. Buttet, *Bull. Joly* 1989, p. 389, n° 136 ; Com. 26 nov. 1996, *RJDA* 1997, p. 236, n° 370 (déblocage des fonds par le banquier).

4. Art. R. 123-238. En faveur de cette modification, il a été fait valoir que le système antérieur obligeait certaines sociétés ayant des SA ou des SARL comme associés, à adopter une raison sociale démesurément longue.

5. *supra*, n° 81.

134 *Objet social* ◇ Les sociétés en nom collectif sont toujours commerciales, quel que soit leur objet (art. L. 210-1 al. 2) et certaines activités leur sont interdites (cf. par ex. art. L. 310-2 C. assur. pour les assurances).

Mais l'attention doit être particulièrement attirée sur la rédaction de l'objet social dans les statuts. En effet, l'objet est la seule limite aux pouvoirs des gérants, puisque ceux-ci engagent la société « *par tous les actes entrant dans l'objet social* »¹ et les clauses statutaires qui limitent leurs pouvoirs sont inopposables aux tiers (art. L. 221-5 al. 1 et 3 ; *infra*, n° 140). Une description trop large de l'objet, qui est sans incidence en matière de SARL et de SA puisque ces sociétés sont en principe engagées vis-à-vis des tiers par les actes de leurs dirigeants qui ne relèvent pas de l'objet social (V. par exemple, pour les SARL, art. L. 223-18 al. 5), peut se révéler catastrophique pour les associés de la société en nom, engagés indéfiniment et solidairement².

135 *Formalités constitutives* ◇ Les statuts doivent être signés par tous les associés. Outre les mentions obligatoires qu'ils doivent comporter (art. L. 210-2), ils peuvent contenir des règles supplétives concernant notamment la désignation des gérants (art. L. 221-3), les pouvoirs de la gérance (art. L. 221-6 al. 1) ; les modalités de consultation des associés (art. L. 221-6 al. 2) ; les causes de dissolution (art. L. 221-12 al. 1 ; L. 221-15 ; L. 221-16). Bien entendu, ce n'est qu'à partir de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés que la SNC jouit de la personnalité morale (art. L. 210-6)³.

L'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société, sans que les associés et la société puissent se prévaloir à l'égard des tiers, de cette cause de nullité. Toutefois, le tribunal a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue, si aucune fraude n'est constatée (art. L. 235-2)⁴.

Au titre des mesures de publicité devant intervenir en cours de vie sociale, un décret du 2 août 1994, pris pour l'application des directives européennes sur les comptes annuels et les comptes consolidés, a prévu que les SNC dont tous les associés sont des SARL ou des sociétés par actions devaient désormais déposer au greffe du tribunal de commerce, dans le mois qui suit l'approbation des comptes par l'assemblée ordinaire des associés, les comptes annuels, le rapport de gestion, les rapports des commissaires aux comptes, les décisions d'affectation des résultats...⁵ (art. L. 232-21, I).

1. Cf. Com. 26 janv. 1993, *Rev. sociétés* 1993, 396, J.-F. Barbieri ; *Bull. Joly* 1993, p. 482, n° 138, P. Le Cannu ; *JCP E* 1993, I, 288, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain (le nantissement du fonds de commerce consenti pour garantir la dette personnelle d'un associé n'entre pas dans l'objet social). Cf. *infra*, n°s 140, 149.

2. Com. 12 déc. 2006, *Rev. sociétés* 2007, p. 346, F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno (opérations sur le Moneyp).

3. Selon l'article R. 123-34 « il n'y a pas lieu à immatriculation distincte de celle de la société en ce qui concerne les associés en nom ».

4. Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 404, n° 143, P. Le Cannu.

5. Cf. H. Le Nabaque, *Dr. sociétés* 1994, n° 159.

Ces obligations s'imposent également aux SNC dont tous les associés sont des SNC ou des commandites simples dont tous les associés indéfiniment responsables sont des SARL ou des sociétés par actions (cf. art. L. 232-21, III). Un avis de ce dépôt doit être inséré au BALO (art. R. 232-19).

Ces publicités offrent aux tiers une meilleure information sur la solvabilité réelle des personnes morales associées de la SNC. Les dirigeants qui ne satisferaient pas à l'obligation de dépôt des comptes s'exposent à une peine d'amende de 1 500 € (art. R. 247-3).

SECTION 2. L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

La loi du 24 juillet 1966 a laissé aux associés une certaine souplesse dans l'organisation de la société en nom, souplesse qu'on ne retrouvera ni dans la société à responsabilité limitée, ni dans la société anonyme.

§ 1. La gérance

La société en nom collectif, comme la SARL, doit être administrée par un ou plusieurs gérants, dont il faut préciser le statut (A), les attributions (B), et les éventuelles responsabilités (C).

A. Statut

136 Désignation ◇ La loi donne une grande liberté aux associés pour la désignation du ou des gérants. Si les statuts sont muets, ce sont tous les associés qui sont gérants (art. L. 221-3 al. 1)¹, et chacun d'eux peut accomplir séparément tous actes de gestion dans l'intérêt de la société (art. L. 221-4).

Mais les statuts peuvent choisir entre un gérant associé et un gérant non associé². Cependant, les associés, responsables indéfiniment et solidairement, hésiteront le plus souvent à confier la gérance à un tiers, qui pourrait se sentir moins concerné par la gestion des affaires sociales que l'un d'eux. Les statuts peuvent également prévoir que la gérance fera l'objet d'une désignation par un acte ultérieur, ce qui n'est pas sans incidence en cas de révocation (*infra*, n° 138). La gérance peut être assurée par une personne

1. Com. 22 mai 2001, *RJDA* 2001, p. 851, n° 983. V. sur les conséquences du défaut de remplacement d'un gérant révoqué, Paris, 8 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 93, n° 18, P. Le Cannu.

2. Un gérant non associé peut être lié à la société par un contrat de travail, Montpellier 17 juin 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 199, J. Monnet. En revanche, un tel cumul ne serait pas possible s'il était associé, car il est généralement soutenu qu'on ne peut pas avoir en même temps la qualité de commerçant et de salarié. V. cependant Paris 4 nov. 2003, *JCP E* 2004, 1510, n° 5, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2004, n° 217, J. Monnet, qui relève qu'aucun texte relatif aux SNC n'interdit le cumul des qualités d'associé et de salarié de la société.

physique ou une personne morale (art. L. 221-3 al. 2) ¹. La désignation du ou des gérants s'effectue à l'unanimité, sauf stipulation contraire des statuts.

La nomination fait l'objet de mesures de publicité et, suivant le droit commun, ni la société, ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des gérants, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée (art. L. 210-9 al. 1 ; *supra*, n° 95).

137 Cessation des fonctions ◇ Les fonctions du gérant prennent fin par l'arrivée du terme fixé, son décès, la survenance d'une incapacité, de la faillite personnelle, d'une interdiction de gérer, sa démission, ou par une décision de révocation. Dès lors que la révocation est décidée sans juste motif ², elle peut donner lieu à dommages-intérêts (art. L. 221-12 al. 4) ; peu importe que le gérant soit associé ou non, statutaire ou non.

138 Révocation ◇ En revanche, les conditions de révocation sont différentes selon la qualité du gérant ³ et l'article L. 221-12 invite à effectuer les distinctions suivantes ⁴ :

– Si tous les associés sont gérants, la révocation de l'un d'entre eux ne peut être décidée qu'à l'unanimité des autres associés ⁵. Elle entraîne en principe la dissolution de la société ; mais la continuation de la société peut avoir été prévue par les statuts ou être décidée par les autres associés à l'unanimité (art. L. 221-12, al. 1) ⁶. Si la société continue, le gérant révoqué, qui se

1. Sur la notion de dirigeant, cf. R.M. JO déb. Sénat 19 avr. 1990, p. 876 ; *Bull. Joly* 1990, p. 464. Les fonctions de gérant de SARL, de président du conseil d'administration, de directeur général ou de membre du directoire dans les SA sont exclusivement réservées à des personnes physiques (art. L. 223-18 al. 1 ; L. 225-47 al. 1, L. 225-51-1 al. 1 ; L. 225-59 al. 3). La solution dérogatoire ici adoptée était destinée à encourager l'utilisation de la SNC pour constituer des filiales entre grandes sociétés (G. Ripert et R. Roblot, n° 1191).

2. R. Baillod, *Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux*, RTD com. 1983, 395. Cf. également *infra*, n° 188 pour la révocation sans juste motif des gérants de SARL.

3. M. Rémond, *La révocation du gérant selon l'article 18 de la loi du 24 juill. 1966*, *Rev. sociétés* 1972, 421.

4. Curieusement, la loi est muette sur la possibilité d'une révocation judiciaire des gérants associés ou non. La doctrine admet cependant que tout associé peut la demander dès lors qu'il invoque une cause légitime (rapp. art. L. 223-25 al. 2 pour le gérant de SARL ; art. 1851 al. 2 C. civ. pour le gérant de société civile. Par ex. G. Ripert et R. Roblot, n° 1193 ; Y. Guyon, n° 263). En ce sens, également, Paris, 12 sept. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 1076, n° 386, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1995, n° 245, D. Vidal ; *JCP E* 1995, I, 505, n°s 13 et 14, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1996, p. 479, Cl. Champaud et D. Danet. Rapp. pour le gérant d'une commandite simple, Com. 8 févr. 2005, *BRDA* n° 5-2005, p. 4 (solution transposable au gérant de SNC). Le rapport Marini s'était également prononcé en ce sens (p. 23).

5. Paris, 12 sept. 1995, précité.

6. Sur la chronologie à respecter pour décider la continuation de la société, Com. 26 nov. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 428, n° 75, P. Le Cannu ; *JCP E* 2004, 427, S. Reefgerger et 601, n° 11, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wincker ; D. 2003, p. 3055, A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2004, n° 28, J. Monnet ; *Rev. sociétés* 2004, p. 675, M. H. de Laender.

trouve dans une situation très inconfortable, peut décider de se retirer de la société en demandant le remboursement de ses droits sociaux. En cas de contestation sur la valeur des parts, il est nécessaire de recourir à un expert dans les conditions fixées par l'article 1843-4 du Code civil.

– *Si la gérance est exercée par un ou plusieurs associés désignés dans les statuts*, les règles ci-dessus s'appliquent (art. L. 221-12, al. 1), la décision étant prise par tous les autres associés, même ceux qui ont la qualité de gérant ¹.

– *Si la gérance est exercée par un ou plusieurs associés non désignés dans les statuts*, chacun d'eux peut être révoqué dans les conditions prévues par les statuts (majorité ou unanimité). À défaut de précision dans le pacte social, la décision doit être prise à l'unanimité des autres associés, gérants ou non (art. L. 221-12, al. 2). Cette révocation n'entraîne ni la dissolution de la société, ni la possibilité pour le dirigeant révoqué de se retirer de la société.

– *Si le gérant n'est pas associé*, il peut être révoqué dans les conditions prévues par les statuts. À défaut, il suffit d'une décision des associés prise à la majorité (art. L. 221-12, al. 3).

B. Attributions

Le gérant, qu'il soit statutaire ou non, associé ou non, représente la société dans la vie juridique. Il convient de distinguer ses pouvoirs dans l'ordre interne, et dans ses rapports avec les tiers ².

139 Rapports avec les associés ◇ Tout dépend des statuts (art. L. 221-4, al. 1). S'ils n'ont rien prévu, le gérant unique peut « *faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* ». L'expression « actes de gestion » doit s'entendre dans un sens large, elle englobe aussi bien les actes d'administration que de disposition dès lors qu'ils concourent à la réalisation de l'objet de la société et sont conformes à l'intérêt social. Pour réduire les sources de difficulté, il peut paraître préférable d'énumérer dans les statuts les pouvoirs de la gérance sans brider pour autant sa liberté d'action quotidienne. C'est ainsi qu'une disposition statutaire peut prévoir que les contrats dépassant un certain montant, les emprunts, les aliénations d'immeubles... devront être préalablement autorisés par la collectivité des associés. En cas de violation de cette clause, le gérant devra réparation du préjudice causé. Il pourra également être révoqué sans avoir droit à des dommages-intérêts (art. L. 221-12, al. 4).

S'il y a pluralité de gérants, les statuts peuvent répartir leurs tâches en fonction de leurs compétences ou organiser un conseil de gérance prenant

1. *Mémento Lefebvre* n° 3839.

2. D. Martin, *Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*, RTD com. 1973, 185.

ses décisions à la majorité ou à l'unanimité ¹. Lorsque les statuts n'ont rien prévu, chacun des gérants peut accomplir séparément tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société ². Cependant, chaque gérant a le droit de s'opposer à toute opération envisagée par un autre gérant avant qu'elle soit conclue (art. L. 221-4, al. 2). Si le conflit entre les gérants persiste, il appartient à la collectivité des associés, organe souverain, de les départager.

140 Rapports avec les tiers ◇ Pour protéger les tiers, la loi dispose que la société est engagée par tous les actes du gérant entrant dans l'objet social et que les clauses statutaires qui limiteraient ses pouvoirs leur seraient inopposables (art. L. 221-5, al. 1 et 3). Cette omnipotence du gérant de la SNC connaît deux limites.

D'une part, *la société n'est pas engagée par les actes qui dépassent l'objet social* ³. Les associés n'ont accepté en effet de s'engager indéfiniment et solidairement que dans un cadre strictement délimité et pas au-delà (*supra*, n° 134). Mais, dès lors que l'acte accompli par le gérant entre dans l'objet social ⁴, la société, et les associés, sont tenus, même si cet acte n'est pas conforme à son intérêt, ce qui pourra engager la responsabilité dudit gérant.

D'autre part, *les pouvoirs du gérant sont limités par ceux que la loi attribue à d'autres organes de la société*. C'est ainsi que le gérant ne pourrait pas de son chef modifier les statuts (v. *infra*, n° 159) ni provoquer la dissolution de la société, ne serait-ce que de façon indirecte ⁵.

En cas de *pluralité de gérants*, chacun engage la société par tout acte entrant dans l'objet social (art. L. 221-5, al. 2) ⁶. La clause statutaire qui exigerait l'accord unanime des gérants pour les actes les plus graves est donc inopposable aux tiers. Quant à l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant, elle est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance.

1. Rappr. l'organisation de la gérance de la SARL, *infra*, n° 195.

2. V. toutefois pour l'arrêté des comptes annuels, *infra*, n° 154.

3. Cependant, la jurisprudence admet qu'une décision unanime permet de valider un acte excédant l'objet social, dès lors qu'il n'est pas contraire à l'intérêt social, Com. 18 mars 2003, D. 2003, p. 975, A. Lienhard ; Dr. sociétés 2003, n° 110, J. Monnet ; JCP E 2003, pan. 688, P. Bouteiller et 2004, 29, n° 6, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; Bull. Joly 2003, p. 643, n° 138, J. F. Barbière ; Rev. sociétés 2003, p. 500, Y. Guyon et 2004, p. 104, D. Randoux (cautionnement).

4. Com. 12 déc. 2006, Rev. Sociétés 2007, p. 346, F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno (opérations sur le Monep). Sur les conditions de validité d'un cautionnement donné par une SNC en garantie d'un emprunt souscrit par un associé, cf. note Y. Guyon sous Civ. 1^{re}, 19 mai 1987, Rev. sociétés 1988, p. 78 ; rappr. Com. 14 juin 2000, Bull. Joly 2000, p. 1054, n° 261, A. Couret ; Com. 6 juin 2001, RJDA 2001, p. 1021, n° 1219 (cautionnement rattaché indirectement à l'objet de la SNC en raison d'une communauté d'intérêts entre les deux sociétés).

5. Par ex., en aliénant seul l'unique fonds de commerce exploité par la société, cette cession équivalant à la disparition de l'objet social, Amiens, 16 janv. 1985, Gaz. Pal. 1985, I, 212, APS ; pour une SARL, mais transposable à la SNC cf. *infra*, n° 149.

6. Civ. 1^{re}, 8 déc. 1998, JCP E 1999, p. 669, A. Viandier et J.-J. Caussain.

C. Responsabilités

- 141 Responsabilité civile** ◇ La particularité tient ici à l'absence de texte dans le Code de commerce, ayant trait à la responsabilité civile des gérants de droit ou de fait d'une société en nom collectif. Il convient donc de faire application des règles du droit commun, sans tenir compte des dispositions propres aux dirigeants de SARL ou de sociétés anonymes.

Lorsque le gérant, agissant dans l'exercice de ses fonctions, cause un dommage à un tiers, c'est en principe la responsabilité de la société qui est engagée. Sa responsabilité personnelle ne pourrait être engagée que s'il avait commis une faute séparable de ses fonctions qui lui serait personnellement imputable ¹. Mais il peut également causer un préjudice à la société, en violant les statuts, en n'observant pas les prescriptions légales ou réglementaires, en commettant une faute de gestion ². En ce cas, l'action sociale obéit aux règles fixées par l'article 1843-5 du Code civil ³. Elle peut être intentée par le représentant légal de la société (nouveau gérant contre l'ancien, action sociale *ut universi*), mais elle peut l'être également par un ou plusieurs associés (action sociale *ut singuli*, al. 1^{er}) ⁴.

Toute clause des statuts qui aurait pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action serait réputée non écrite (al. 2). Et aucune décision de l'assemblée des associés, tel le vote du quitus, ne pourrait avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour la faute commise dans l'exercice de leur mandat (al. 3).

En cas de succès de l'action sociale, qu'elle soit ou non exercée *ut singuli*, les dommages-intérêts doivent être alloués à la société (al. 1^{er}). En revanche, si un associé ayant subi un préjudice personnel, distinct du préjudice social, avait agi à titre individuel, c'est à lui que seraient accordés les dommages-intérêts.

À défaut d'une disposition particulière, les actions en responsabilité civile se prescrivent depuis la loi du 17 juin 2008 par 5 ans (art. 2224 nouv. C. civ.) ⁵.

En cas de pluralité de gérants, chacun répond individuellement de ses propres fautes, mais en cas de faute commune, ils peuvent être condamnés solidairement. Si c'est une personne morale qui est gérante, ses dirigeants

1. V. *infra*, n° 198, la solution dégagée à propos de la responsabilité du gérant de SARL transposable au gérant de SNC.

2. Par ex. Com. 3 avr. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 127, p. 99, pour une décision de transfert de l'activité sociale prise par le gérant « soudainement et secrètement, sans concertation préalable avec les autres associés, au mépris de leurs intérêts ».

3. Comp. art. L. 223-23 al. 3 C. com. pour les SARL ; L. 225-252 C. com. pour les SA ; art. 38 D. 3 juill. 1978 pour les sociétés civiles. Cf. F. Zénati, *RTD civ.* 1988, p. 409, n° 1.

4. Paris, 9 mars 1989, *RTD com.* 1990, p. 53, n° 1, E. Alfandari et M. Jeantin (société civile).

5. Auparavant, la prescription était trentenaire, cf. par ex. Com. 17 avr. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 111, p. 112.

encourent les mêmes responsabilités que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent (art. L. 221-3, al. 2).

- 142 Responsabilité des gérants en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires de la société** ◇ Les gérants, qu'ils soient associés ou non, peuvent être condamnés à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif sur leur patrimoine personnel, dès lors qu'ils ont commis une faute de gestion, si la liquidation judiciaire a été prononcée (art. L. 651-2 nouv.). Peu importe qu'ils soient gérants de droit ou de fait, rémunérés ou non. Ils peuvent être également frappés de la faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer (*cf.* art. L. 653-1 s.).

Avant la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, si les gérants étaient associés, leur sort était le même que celui des autres associés : le jugement qui ouvrait le redressement ou la liquidation judiciaire de la société produisait ses effets à l'égard de tous les associés, et le tribunal de commerce devait ouvrir à l'égard de chacun d'eux une procédure de redressement ou de liquidation selon le cas (art. L. 624-1 ancien). La solution, jugée trop sévère, a été abandonnée par la loi nouvelle ¹.

- 143 Responsabilité fiscale** ◇ Conformément à l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales, lorsqu'un dirigeant de société est responsable de manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités dues par la société, il peut être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance. Cette disposition exceptionnelle s'applique aux gérants de droit ou de fait des sociétés en nom collectif ².

- 144 Responsabilité pénale** ◇ Les gérants sont pénalement responsables en application du droit commun (abus de confiance, escroquerie...) ou des rares dispositions applicables aux sociétés en nom collectif (art. L. 820-4 ; L. 247-3). Si une personne morale est gérante, ses dirigeants encourent les mêmes responsabilités pénales que s'ils étaient gérants en leur nom propre (art. L. 221-3, al. 2).

Mais les infractions prévues pour les dirigeants de société anonyme ou les gérants de SARL ne peuvent pas être retenues contre les gérants de société en nom collectif. En particulier, on ne peut pas leur imputer le délit d'abus de biens sociaux ³.

1. Sur les questions de droit transitoire posées par l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, Com. 27 juin 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 182, J.-P. Legros.

2. Pour une étude plus complète, *infra* n° 201.

3. Crim. 10 avr. 2002, *Rev. sociétés* 2002, p. 566, B. Bouloc ; *Bull. Joly* 2002, p. 974, n° 217, E. Dezeuze (abus de confiance à l'encontre du gérant ayant détourné les fonds de la SNC).

§ 2. Le commissaire aux comptes

145 Désignation, missions ◇ Depuis la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises, les sociétés en nom collectif importantes sont tenues de désigner un commissaire aux comptes titulaire et un suppléant (art. L. 221-9, al. 2). Il s'agit des sociétés qui, à la clôture d'un exercice, dépassent au moins deux des seuils suivants : 1 550 000 € de total de bilan ; 3 100 000 € de chiffre d'affaires hors taxes ; cinquante salariés (art. R. 221-5, al. 1^{er}).

Si la société ne dépasse pas ces seuils, la nomination d'un commissaire aux comptes est facultative. Elle peut être décidée par les associés aux conditions de majorité prévues par les statuts ou, à défaut de dispositions statutaires, à l'unanimité (art. L. 221-9 al. 1). Elle peut également être demandée par un associé, quelle que soit sa participation dans la société, au président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés (art. L. 221-9, al. 3 et R. 221-5, al. 3) ¹.

Les commissaires aux comptes sont nommés pour une durée de six exercices, et ne doivent pas être sous le coup d'une incompatibilité (art. L. 822-11). Les dispositions concernant les pouvoirs, les fonctions, les obligations, la responsabilité, la récusation, le relevé des fonctions, la rémunération des commissaires aux comptes des sociétés anonymes sont applicables aux commissaires aux comptes des sociétés en nom collectif (art. L. 221-11, al. 1 ; v. égal. art. L. 820-1 unifiant le statut des commissaires aux comptes. ; *infra*, n^{os} 499 s.).

§ 3. Les associés

Les associés de la société en nom collectif étant commerçants et répondant indéfiniment et solidairement des dettes sociales, ont des obligations particulièrement lourdes (B) ; en contrepartie, ils bénéficient de droits importants (A).

A. Droits des associés

Comme tous les associés, les membres d'une SNC ont des droits pécuniaires (*infra*, n^o 154). La loi a développé leur droit à l'information et leurs possibilités d'intervention dans la vie sociale.

1. Selon l'article L. 823-12-1 nouv., les commissaires aux comptes exercent leurs diligences selon une norme d'exercice professionnel spécifique, allégée (NEP 910, arrêté 2 mars 2009) dans les SNC, les SCS, les SARL et les SAS qui ne dépassent pas, à la clôture d'un exercice social, deux des seuils mentionnés ci-dessus (art. R. 823-7-1 nouv.).

146 Droit à l'information ◇ Compte tenu de la responsabilité indéfinie et solidaire des associés, il leur est permis d'obtenir une information particulièrement étendue. La loi a fixé un minimum, que les statuts peuvent développer :

- Deux fois par an les associés non gérants ont le droit de prendre connaissance et copie au siège social des livres et documents sociaux. Ce droit doit être exercé par l'associé lui-même, mais il peut se faire assister d'un expert (art. L. 221-8 ; R. 221-8).

- Les associés peuvent également poser par écrit, deux fois par an, des questions sur la gestion sociale. Les gérants doivent y répondre par écrit (art. L. 221-8).

- Dans les quinze jours qui précèdent l'assemblée annuelle, les comptes annuels, le rapport de gestion, le rapport du commissaire aux comptes s'il en existe, et le texte des résolutions proposées doivent être adressés aux associés non gérants. Pendant ce même délai, l'inventaire est tenu au siège social à la disposition des associés qui peuvent en prendre copie (art. R. 221-7).

Le législateur a attaché une particulière importance au respect de ces dispositions, en prévoyant qu'en cas d'inobservation, les délibérations pourraient être annulées (art. L. 221-7, al. 2).

147 Droit de participer à la vie de la société ◇ Les associés doivent se réunir obligatoirement en assemblée ¹ pour l'approbation annuelle des comptes dans les six mois de la clôture de l'exercice (art. L. 221-7, al. 1) ² et lorsque la réunion a été demandée par l'un des associés (art. L. 221-6, al. 2). Les modalités de convocation de l'assemblée sont fixées par les statuts ³.

Le pacte social peut également prévoir, pour plus de souplesse, que les décisions sont prises par voie de *consultation écrite* (art. L. 221-6, al. 2), et fixer les modalités de cette consultation par correspondance. En pratique, malgré l'absence de toute disposition légale, il est aussi admis que les décisions peuvent être prises dans un acte (sous seing privé ou notarié) signé par tous les associés. La collectivité des associés a compétence pour toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants (art. L. 221-6, al. 1).

En principe, les décisions sont prises à l'*unanimité* des associés (art. L. 221-6, al. 1) ⁴. Tel est le cas pour la révocation d'un gérant associé lorsque tous les associés sont gérants ou lorsque le gérant associé révoqué était désigné dans les statuts (art. L. 221-12, al. 1 ; *supra*, n° 138). Il en va de même pour la continuation de la société malgré cette révocation (*id.*) ou la

1. Sur la représentation des associés aux assemblées, Paris 25 oct. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 75, J. Monnet.

2. V. cependant Y. Guyon, n° 258.

3. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, deux membres du comité d'entreprise peuvent assister aux assemblées (art. L. 2323-67 C. trav.).

4. Ces deux membres du comité d'entreprise doivent, à leur demande, être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés (art. L. 2323-67 *in fine* C. trav.).

survenance d'une incapacité, par exemple, en la personne de l'un des associés (*infra*, n° 158) ou encore pour une cession de parts (art. L. 221-13, *infra*, n° 156).

Dans tous les autres cas, les statuts peuvent prévoir que telle ou telle décision sera prise à la majorité (art. L. 221-6, al. 1), majorité qui peut être en nombre d'associés ou en capital, ou en nombre et en capital. En principe, chaque associé dispose d'une voix, mais il est également possible de prévoir que chaque part sociale donne droit à une voix.

B. Obligations des associés

148 Les diverses obligations des associés ◇ Les associés qui n'auraient pas entièrement libéré leur *apport* au moment de la constitution de la société doivent y procéder dès appel de la gérance. Le point de savoir si l'associé est tenu d'une *obligation de non concurrence* est discuté. À défaut de disposition statutaire, cette obligation s'impose cependant envers celui qui a apporté un fonds de commerce, tenu d'une obligation légale de garantie, et envers celui qui fait un apport en industrie (art. 1843-3 *in fine* C. civ.). Mais la charge essentielle des associés de la société en nom collectif est l'obligation au passif social.

149 Obligation au passif social ◇ La caractéristique la plus remarquable de la société en nom collectif résulte de l'article L. 221-1 aux termes duquel les associés ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. La charge est lourde, mais elle permet à la société de se procurer du crédit à la mesure de la surface financière de ses associés ¹. Toutefois, ce n'est pas parce qu'un exercice social fait apparaître des pertes que la contribution des associés doit être immédiate. Une telle solution augmenterait les engagements des associés sans leur consentement (art. 1836, al. 2 C. civ.) ². En réalité, l'obligation au passif ne deviendra effective que lorsque la société ne pourra plus, par ses propres ressources, faire face à ses créanciers ³ ; pratiquement, au moment de la liquidation ⁴.

1. Sur le nantissement du fonds de commerce destiné à garantir la dette personnelle d'un associé, Aix, 30 oct. 1990, *JCP E* 1991, 87, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain, cassé par Com. 26 janv. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 482, n° 138, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993, 396, J.-F. Barbiéri. Cf. *supra*, n°s 134, 140.

2. Com. 7 mars 1989, *Rev. sociétés* 1989, 473, Y. Chartier ; *JCP E* 1989, II, 15562, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. dr. bancaire* 1989, p. 176, M. Jeantin et A. Viandier ; *RTD com.* 1990, p. 406, n° 10, Cl. Champaud (possibilité d'appel de fonds complémentaires non stipulée aux statuts). Comp. Civ. 1^{re}, 8 nov. 1988, note Y. Chartier préc. ; *RTD com.* 1989, p. 86, n° 4, E. Alfandari et M. Jeantin ; *JCP E* 1989, II, 15415, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. E. du Pontavice et J. Dupichot, I, n° 538-2.

4. Com. 13 nov. 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 365, D. Randoux ; *Dr. sociétés* 2004, n° 27, J. Monnet ; *RTD com.* 2004, p. 109, Cl. Champaud et D. Danet. Adde P. Carceff, *Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes*, *Gaz. Pal.* 1976, I, 145 (à propos de Com. 3 mars 1975).

150 Relations des créanciers sociaux avec la société et les associés ◇ La dette doit avoir été contractée par la gérance agissant dans la limite de l'objet social (*supra*, n° 140). Cette dette sociale incombe d'abord à la SNC, personne morale, qui doit être mise en demeure de payer ¹, l'obligation des associés n'ayant qu'un caractère subsidiaire ². La mise en demeure se fait par acte extrajudiciaire (art. L. 221-1, al. 2) ³. Elle sera considérée comme vaine si, dans les huit jours qui la suivent, la société n'a pas payé la dette ou n'a pas constitué de garanties ⁴, ce délai pouvant être prolongé par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant en référé (art. R. 221-10, al. 2) ⁵. Peu importe le motif pour lequel la société ne s'exécute pas, qu'elle ne puisse pas payer ou qu'elle ne le veuille pas.

« Lorsque la société en nom collectif a été mise en redressement ou liquidation judiciaires avant l'engagement des poursuites contre les associés en nom, la déclaration de créance qui vaut mise en demeure, rend inutile la délivrance d'une mise en demeure par acte extrajudiciaire à cette même société » ⁶.

Dès lors que la mise en demeure de la société s'est révélée infructueuse ⁷, le créancier peut agir contre n'importe lequel des associés pour le tout et saisir ses biens personnels ⁸. L'obligation à la dette est *légale, indéfinie et solidaire*.

1. Civ. 3^e, 5 déc. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 29, F. X. Lucas.

2. Com. 14 janv. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 717, n° 141, F. X. Lucas ; *Dr. sociétés* 2004, n° 65, J. Monnet (conséquences d'une remise de dette consentie à la société).

3. Cet acte extrajudiciaire ne peut émaner que d'un huissier, Com. 1^{er} juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1044, n° 302, J.-J. Daigre ; JCP E 1994, I, 331, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 14 juin 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1095, n° 274, Y. Dereu ; *Dr. sociétés* 2000, n° 127, D. Vidal. Le juge fiscal retient également, sur le fondement de l'art. L 221-1, que les poursuites à l'encontre d'un associé de SNC doivent être précédées d'une mise en demeure à la société par acte extrajudiciaire et non d'une simple lettre en recommandé avec avis de réception, conformément à l'art. L 257 du Livre des procédures fiscales : Com. 20 févr. 2007, *Monaldi, Dr. fisc.* 2007, n° 25, comm. 663.

4. Versailles, 14 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 581, n° 127, C. Ginestet ; *RTD com.* 1999, p. 442, Cl. Champaud et D. Danet

5. Ce magistrat dispose ainsi d'un pouvoir important (comp. art. 1244 C. civ.) permettant grâce au délai qu'il peut accorder, de retarder les poursuites contre les associés, en facilitant la reconstitution de trésorerie de la société, et donc le paiement du créancier.

6. Com. 19 déc. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 472, n° 123, C. Régnaud-Moutier ; rapp. pour une SCI, Ch.mixte 18 mai 2007, *Dr. Sociétés* 2007, n° 130, J. P. Legros. V. égal. A. Cerati-Gauthier, *Poursuites d'un associé par un créancier social*, JCP E 2007, 2157 ; L. Nurit-Pontier, *L'obligation aux dettes sociales des associés de sociétés à risque illimité*, *Bull. Joly* 2008, p. 152, n° 36.

7. L'associé de la SNC ne dispose pas de la protection forte, voisine d'un bénéfice de discussion, qu'offre l'article 1858 du Code civil aux associés des sociétés civiles, selon lequel « les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ». Sur la notion de vaines poursuites, cf. E. Alfandari et M. Jeantin, *RTD com.* 1983, p. 247, n° 6.

8. À condition cependant d'avoir un titre exécutoire visant personnellement l'associé poursuivi, Civ. 2^e, 19 mai 1998 (*aff. Tapie*), *Bull. Joly* 1998, p. 1182, n° 361, J.-J. Daigre ; D. 1998, p. 405, concl. P. Tatu ; Com. 3 mai 2006, D. 2006, p. 1532, A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2007, p. 88, J. Moury.

Obligation légale : Aucune clause des statuts ne peut en affranchir les associés. L'obligation existe dès lors que le créancier a rapporté la preuve du caractère social de sa créance. Serait donc inopposable aux tiers la clause des statuts qui limiterait par exemple l'obligation de tel ou tel associé au montant de son apport ou qui lui permettrait de ne pas répondre de certaines dettes sociales¹. En revanche, une telle clause serait valable entre associés (*infra*, n° 152).

Obligation indéfinie : Chaque associé est tenu de la totalité des dettes sociales non payées par la SNC, et les créanciers peuvent saisir les biens personnels de l'associé, venant ainsi en concours sur ces biens avec les créanciers personnels de ce dernier.

Obligation solidaire : La solution est plus sévère que dans les sociétés civiles où l'obligation n'est que conjointe (art. 1857 C. civ.). Dans la société en nom collectif, les associés sont solidaires entre eux et avec la personne morale. La solidarité est parfaite, ce qui implique notamment que la prescription interrompue à l'égard d'un associé, l'est également à l'égard des autres (art. 1206 C. civ.) et que la demande d'intérêts moratoires formée contre l'un des associés fait courir ces intérêts contre les autres (art. 1207 C. civ.). Mais la solidarité des associés ayant été édictée dans l'intérêt des créanciers, ceux-ci peuvent toujours y renoncer².

Cette obligation, légale, indéfinie et solidaire qui pèse lourdement sur les associés de la SNC invite à préciser avec soin ceux qui en sont tenus.

151 Les associés tenus ◇ L'obligation au passif social est attachée de plein droit à la qualité d'associé de la société en nom collectif. C'est dire que s'il y a des parts en usufruit, l'obligation pèse exclusivement sur le nu-propriétaire, puisqu'il est généralement admis que l'usufruitier n'a pas la qualité d'associé³.

Un associé d'une SNC, marié sous le régime de la communauté légale, condamné au paiement des dettes de la SNC, ne peut pas invoquer l'article 1415 C. civ. pour s'opposer à la saisie d'un bien commun par le créancier social. En effet, l'époux n'a pas été condamné en qualité de caution, hypothèse visée par l'article 1415, mais comme associé responsable des dettes d'une société de personnes⁴.

L'associé qui entre dans la société en cours de vie sociale est tenu de tout le passif social, même antérieur à son entrée⁵. En pratique, il est de plus en

1. Sur l'effet d'une décharge consentie par un créancier à l'un des associés, Paris 13 sept. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1343, n° 284, A. Couret ; *Dr. sociétés* 2003, n° 93, J. Monnet.

2. Paris 9 sept. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 395, n° 71, F. X. Lucas (le créancier peut choisir son débiteur et n'est pas tenu de diviser ses poursuites).

3. Cf. A. Viandier, préc. *La notion d'associé*, n° 248 s. ; J. Derruppé, *RTD com.* 1980, p. 71, n° 5.

4. Civ. 1^{re}, 17 janv. 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 62, J. Monnet ; *JCP E* 2006, 1176, n° 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

5. Req. 12 mars 1928, S. 1928, I, 226 ; Paris 9 sept. 2003, *précité* (admettant la possibilité de déroger à cette règle par une clause des statuts rendue opposable aux tiers).

plus fréquent que l'acquéreur de parts exige du cédant une *garantie de passif* : il s'est déterminé en fonction du passif connu au moment de son engagement, il est sage qu'il se prémunisse contre un éventuel redressement fiscal ou contre l'issue incertaine d'un litige mettant en cause la société ¹.

L'associé qui se retire de la société reste tenu à l'égard des tiers de la totalité du passif antérieur à son départ ². Mais il ne sera pas tenu du passif qui naîtra postérieurement à la date de son départ, dès lors que celui-ci est régulièrement publié au RCS ³.

En cas de transformation, assez rare, d'une SA ou d'une SARL en société en nom collectif, il a été jugé que les associés répondaient indéfiniment et solidairement des dettes contractées par la société sous sa forme ancienne ⁴. En cas de transformation d'une SNC en SARL, il ne fait pas de doute que les associés en nom restent tenus des dettes antérieures ⁵.

La dissolution de la SNC n'a aucun effet sur l'étendue des engagements des associés. Ils restent tenus indéfiniment et solidairement à l'égard des tiers. L'action des créanciers sociaux se prescrit par cinq ans à compter de la publication de la dissolution (art. L. 237-13).

152 *Relations de l'associé qui a payé avec la société et ses coassociés* ◇

L'associé qui a réglé la dette sociale a un recours contre la société, mais le plus souvent ce recours sera théorique, la société n'ayant pu payer elle-même sa dette en raison de son insolvabilité.

L'associé exercera alors un recours, avec plus de chance de succès contre ses coassociés, dès lors qu'il a payé plus que sa part ⁶, en application du droit commun de la solidarité. Mais il doit diviser son recours entre les coassociés, en proportion de la fraction du passif à laquelle chacun d'eux est tenu.

1. Sur les garanties de passif, v. *infra*, n°s 655 s.

2. Com. 21 oct. 2008, *BRDA* n° 21 – 2008, p. 4. Sur les clauses de contribution aux pertes à l'occasion de la cession de parts, Com. 31 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1421, n° 282, P. Mousseron ; *Dr. sociétés* 2004, n° 149, J. Monnet. Cf. égal. Com. 4 janv. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 314, n° 83, P. Le Cannu ; *JCP E* 1994, I, 363, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Grenoble, 6 mars 1990, *JCP E* 1990, II, 15838, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain (l'engagement du cessionnaire de parts d'assumer la responsabilité du cédant est inopposable aux créanciers) ; rapp. Com. 4 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 476, n° 190, P. Le Cannu (obligation d'un ancien commandité au solde débiteur du compte-courant de la société).

3. Com. 10 févr. 1970, *D.* 1970, p. 441, A. Honorat ; sur la situation de l'associé qui a cédé ses parts mais qui continue à s'immiscer dans la gestion, Com. 16 déc. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 543, n° 176, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1998, p. 365, Cl. Champaud et D. Danet (associé de fait).

4. Civ. 10 janv. 1973, *Rev. sociétés* 1973, 647, J.-P. Sortais.

5. Cf. Com. 1^{er} oct. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 37, n° 10, P. Le Cannu ; Paris, 2 juill. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1282, n° 383, Ph. Delebecque ; R.M. *JO déb.* AN 18 oct. 1993, p. 3571 ; *Dr. sociétés* 1994, n° 10, H. Le Nabasque ; Rennes 21 oct. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 461, n° 90, J. F. Barbiéri (transformation d'une commandite simple en SARL ; obligation des commandités).

6. Com. 12 oct. 1976, *Bull. civ. IV*, n° 258, p. 220 ; Paris, 8 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 93, n° 18, P. Le Cannu ; *D. aff.* 2000, p. 583, D. Fiorina (effets d'une décharge accordée à l'un des associés).

Dans le silence des statuts, la contribution aux pertes de chaque associé se détermine en proportion de sa part dans le capital social (art. 1844-1, al. 1 C. civ.) ; mais les statuts peuvent prévoir que tel ou tel associé ne sera tenu de contribuer aux pertes que jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Cette clause de limitation est valable entre associés dès lors qu'elle n'est pas léonine (*supra*, n° 41). Mais elle ne peut pas avoir d'effet à l'égard des créanciers sociaux (*supra*, n° 150).

- 153 **Sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire** ◇ Avant la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le jugement qui ouvrait le redressement ou la liquidation judiciaire de la société en nom collectif produisait ses effets à l'égard de tous les associés, et le tribunal de commerce devait ouvrir à l'égard de chacun d'eux une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire selon le cas (art. L. 624-1 ancien). Cette disposition a été abrogée en raison de sa trop grande sévérité.

Lorsqu'un jugement de liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale, une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité est devenu définitif à l'égard de l'un des associés, la SNC est en principe dissoute. Mais sa continuation a pu être prévue par les statuts, ou elle peut être décidée par les autres associés à l'unanimité (art. L. 221-16, al. 1 ; v. *infra*, n° 158) ¹.

SECTION 3. LA VIE DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

§ 1. Les résultats financiers

- 154 **L'affectation des résultats** ◇ Chaque année les gérants doivent établir le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels ².

En cas de pluralité de gérants, les comptes annuels doivent être établis par tous les gérants et non par l'un d'eux (art. L. 221-7, al. 1) ³.

Après avoir été communiqués aux associés (*supra*, n° 146) et mis à la disposition du commissaire aux comptes, s'il y en a un (*supra*, n° 145), ils doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée des associés dans les six mois de la clôture de l'exercice (art. L. 221-7, al. 1). L'assemblée se prononce à l'unanimité, sauf disposition contraire des statuts (art. L. 221-6

1. Com. 8 mars 2005, D. 2005, p. 839, A. Lienhard ; JCP E 2005, 1046, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (validité d'une clause statutaire d'exclusion) Rapp. *infra*, n° 305.

2. Cf. Directive du Conseil du 8 nov. 1990 sur les comptes annuels et les comptes consolidés des sociétés en nom collectif et en commandite simple (Bull. CNCC 1990, n° 80, p. 441).

3. Com. 21 mars 1995, Bull. Joly 1995, p. 536, n° 191, D. Ledouble ; Dr. sociétés 1995, n° 148, D. Vidal.

al. 1). Si la société a réalisé des bénéfices, elle en décide l'affectation, étant observé qu'elle n'est pas tenue de constituer une réserve légale (art. L. 232-10 *a contrario*) puisque les associés sont tenus indéfiniment et solidairement du passif social. Elle en met généralement une partie en distribution ¹. La mise en paiement des dividendes ² doit alors avoir lieu dans un délai de neuf mois après la clôture de l'exercice, sauf prorogation judiciaire de ce délai (art. L. 232-13 ; R. 232-18), mais cette règle est dépourvue de sanction.

En l'absence de bénéfices, aucune distribution de dividende ne peut être opérée. Les clauses d'intérêt fixe ou intercalaire sont réputées non écrites, comme dans toutes les sociétés (art. L. 232-15, al. 1). Si une distribution était cependant effectuée, il y aurait dividende fictif, sujet à répétition.

Si la société a réalisé des pertes, l'apurement se fait grâce à l'actif. Ce n'est que si la société ne peut plus, par ses propres ressources, payer ses dettes, que l'obligation des associés au passif social sera mise en œuvre (*supra*, n° 149).

§ 2. Le changement d'associé

155 Parts sociales ◇ L'intuitus personae qui gouverne la société en nom collectif rend très difficile, voire impossible, tout changement d'associé : la société n'a été constituée qu'en fonction des qualités propres de chacun de ses membres ; chaque associé n'a accepté de s'engager indéfiniment et solidairement que parce qu'il connaissait ses coassociés. Dès lors qu'un changement substantiel survient, ne convient-il pas de dissoudre la société ? La rigueur des principes a dû être atténuée pour tenir compte des exigences de la vie des affaires.

Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables (art. L. 221-13, al. 1). La création de titres négociables dans une SNC serait sanctionnée par la nullité de ces titres et, bien entendu, il est interdit à la société de procéder à une offre publique pour le placement des parts sociales (art. 1841 nouv. C. civ.).

Lorsque la cession de parts sociales est autorisée (*infra*, n° 156) elle est soumise à des conditions de forme strictes ³. Elle doit être constatée par un acte sous seing privé ou notarié (art. L. 221-14, al. 1). Entre les parties, la cession est parfaite dès l'accord des volontés ⁴. Mais la cession n'est opposable à la société qu'après accomplissement des formalités prévues pour la

1. Concernant les régimes juridique et fiscal du dividende, *infra* n°s 294 s. Sur la possibilité pour les associés de renoncer aux bénéfices d'un exercice clos, sans que cette renonciation ait un caractère léonin, Com. 13 févr. 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 771, B. Saintourens ; JCP E 1997, I, 639, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. Sur les conditions d'une distribution d'acompte sur dividende, Toulouse 7 févr. 2002, JCP E 2002, n° 1538.

3. Sur le rôle de l'avocat rédacteur d'acte, qui doit veiller à l'équilibre des intérêts des parties, même s'il n'a été saisi que par l'une d'elles, Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, D. 2009, p. 706, C. Jamin ; J.P. Chiffaut-Moliard, *La périlleuse solitude du rédacteur d'un projet d'acte juridique*, RJDA 2009, p. 263.

4. Com. 10 mars 1992, JCP E 1992, II, 319, Y. Guyon. Sur les obligations du cédant et du cessionnaire au passif social, v. *supra*, n° 151.

cession de créance par l'article 1690 du Code civil (signification par huissier ou acceptation de la société par l'intermédiaire de son gérant dans un acte authentique) ¹. Toutefois, depuis la loi du 5 janvier 1988, la signification peut être remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt (art L. 221-14, al. 1) ².

Les statuts doivent ensuite être modifiés pour indiquer la nouvelle répartition des parts, le nom du nouvel associé ³. Pour être opposable aux tiers, la cession ⁴ doit en outre faire l'objet de mesure de publicité au registre du commerce et des sociétés (art. L. 221-14, al. 2 ; art. R. 123-54, R. 123-66, R. 123-85) ⁵ et les associés ne pourraient pas se prévaloir à l'égard des tiers de la nullité résultant de l'absence de publicité de l'acte de cession ⁶. Sur le plan fiscal, l'acte de cession de parts donne en principe ouverture à un droit d'enregistrement de 3 % sur la fraction supérieure à 23 000 € ⁷.

156 *Cession entre vifs* ◇ Le Code de commerce pose une règle extrêmement stricte : les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. L. 221-13) ⁸.

Peu importe donc qu'il s'agisse d'une cession à un tiers ou à une personne déjà associée. Peu importe qu'il s'agisse d'une vente, d'une donation, d'un

1. Paris 18 déc. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 536, n° 105, Th. Massart.

2. V. cependant sur certains assouplissements admis par la jurisprudence, *infra* n° 219.

3. Com. 16 janv. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 291, n° 84, P. Le Cannu ; *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 239, n° 3, M. Jeantin et A. Viandier (défaut de modification des statuts).

4. Pour une application en cas de partage, cf. Paris, 7 mars 1985, *Bull. Joly* 1985, p. 629, n° 214.

5. Com. 10 déc. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 238, n° 89, P. Le Cannu ; *JCP E* 1997, I, 676, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain (validité de l'ouverture d'une liquidation judiciaire à l'encontre du cédant). Peu importe qu'un créancier ait eu autrement connaissance de la cession, Com. 27 janv. 1998, *RJDA* 1998, p. 587, M. Ch. Piniot, *Publicité et opposabilité des cessions de parts de SNC : dernières précisions jurisprudentielles*. V. égal. Com. 9 juin 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1088, n° 332, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1998, p. 771, F.X. Lucas ; *JCP E* 1999, p. 34, A. Viandier et J.-J. Caussain (l'opposabilité aux tiers n'implique pas la modification des statuts et leur publication) ; J.-L. Courtier, *Validité et opposabilité des cessions de parts de la SNC, Dr. sociétés*, déc. 1998, p. 10. Sur le devoir de conseil du notaire, Com. 4 avr. 1995, *RJDA* 1995, p. 874, n° 1108 ; *Bull. Joly* 1995, p. 693, n° 240, P. Le Cannu. Sur la responsabilité de l'expert-comptable, rédacteur d'acte, Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 1030, n° 375, P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1998, p. 546, n° 177. Sur les difficultés procédurales d'un appel en garantie contre un mandataire ayant omis de procéder à la publication, Paris, 14 oct. 1997, *D. aff.* 1997, p. 1360. Si la cession entraîne le retrait d'un associé ou l'entrée d'un nouvel associé, il faut en outre une insertion dans un journal d'annonces légales (art. R. 210-9), une inscription modificative au RCS (art. R. 123-66) et une insertion au BODACC à la diligence du greffier.

6. V. Paris, 14 janv. 1983, *Bull. Joly* 1983, p. 373, n° 168, à propos de l'associé d'une SNC qui, pour échapper au règlement judiciaire, soutenait qu'il n'avait pas cette qualité par suite d'un défaut des formalités de publicité.

7. *supra* n° 4.

8. Le nantissement de parts sociales de SNC est possible, malgré le silence de la loi, mais en cas de réalisation du gage, le créancier gagiste (ou l'adjudicataire) doit savoir qu'il ne pourra entrer dans la société qu'avec le consentement de tous les associés. En pratique, ce nantissement est rare.

échange, ou d'une attribution à la suite d'un partage ¹. La modification du pacte social, impliquée par l'opération, nécessite le consentement de tous les associés. La règle est d'ordre public.

Toute personne qui entre dans une société en nom collectif doit donc savoir qu'elle ne pourra en sortir qu'avec le consentement de tous les autres coassociés. Il n'y a pas pour la SNC de règle analogue à celle de la société civile (cf. art. 1862 C. civ.) ou de la SARL (*infra*, n° 220) obligeant les associés ou la société à racheter les parts du cédant pour qu'il ne reste pas prisonnier de son titre.

L'article L. 221-13 interdit par sa rédaction impérative de prévoir dans les statuts, qu'à défaut d'agrément du cessionnaire, les parts du cédant devraient être rachetées par la société ou les associés (« clause de rachat »).

L'associé qui veut absolument quitter la société pourrait demander en justice la dissolution judiciaire, mais, d'une part, il n'est pas sûr d'obtenir satisfaction et, d'autre part, la solution risque d'être onéreuse fiscalement ².

C'est pourquoi certains préconisent de recourir à une **convention de croupier** ³. On sait (*supra*, n° 46) que celle-ci permet à un associé, sans le consentement de ses coassociés, de convenir avec un tiers de partager les bénéfices et les pertes résultant de sa participation dans la société (anc. art. 1861 C. civ.). Le tiers (« croupier ») demeure inconnu de la société (art. 1165 C. civ.) : il n'a aucune des prérogatives de l'associé, mais aucune de ses obligations. En revanche, dans les rapports entre l'associé et le croupier, ce dernier acquiert le droit aux bénéfices, contre paiement de la valeur des parts, mais s'engage aussi à prendre en charge le passif éventuel.

Cependant, la jurisprudence a eu l'occasion de tracer une limite à l'utilisation de cette convention en décidant que l'associé doit conserver l'exercice de ses autres prérogatives d'associé sans pouvoir les déléguer à son croupier, tant en ce qui concerne les résolutions à prendre que le contrôle de la gestion sociale, et que lorsque les droits du croupier sont beaucoup plus importants que ceux du titulaire des parts, une telle convention peut « *constituer une cession déguisée, cession qui, faite sans le consentement des autres associés, est interdite par l'article 19 de la loi du 24 juillet 1966 (L. 221-13)* » ⁴.

1. Rouen, 27 nov. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, I, 335, APS.

2. Sur le *régime fiscal* de la dissolution de société, *supra* n° 127. Par ailleurs, la cession de la totalité des parts d'une SNC doit être regardée comme une cessation de l'entreprise, nonobstant la circonstance que la société, comprenant de nouveaux porteurs de parts, aurait poursuivi l'activité précédemment exercée : CE 16 mai 2007, *Fougères*, *Dr. fisc.* 2007, n° 38, comm. 845, concl. L. Vallée.

3. V. par ex. Y. Guyon, n° 257 ; Y. Chartier, n° 105, p. 209. Sur les régimes juridique et fiscal de la convention de croupier, *supra* n° 46.

4. Paris, 19 févr. 1979, préc. Statuant sur le fond, le tribunal de commerce de Paris, le 12 mars 1979, a prononcé une décision d'annulation, estimant qu'il y avait fausse application de la notion de convention de croupier, de l'article 1861 du Code civil, et que les dispositions légales relatives aux sociétés en nom collectif étaient méconnues ; *Rev. sociétés* 1980, 283, (2 esp.) D. Randoux.

157 Transmission par décès ◇ L'article L. 221-15 pose le principe que la SNC prend fin par le décès de l'un de ses associés. C'est la conséquence de l'*intuitus personae* qui domine ce type de société. Mais, en pratique, les statuts prévoient presque toujours la continuation de la société ¹, et la loi envisage plusieurs situations :

a) **Clause de continuation entre les seuls associés survivants** (art. L. 221-15, al. 4) : C'est la solution la plus simple lorsque la SNC comprend plus de deux associés. L'héritier est alors créancier de la société. Il n'acquiert pas la qualité d'associé et n'a droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur. Cette valeur est déterminée au jour du décès, à l'amiable, ou en cas de contestation, par expert, désigné conformément à l'article 1843-4 du Code civil (al. 6) ².

b) **Clause de continuation avec tous les héritiers** (al. 2) : Les associés souhaitent par cette disposition statutaire que les avantages de l'entreprise profitent à leurs seuls héritiers. Les statuts peuvent cependant prévoir que pour devenir associés, les héritiers devront être agréés. En cas de refus d'agrément, ils auront droit à la valeur des droits sociaux de leur auteur (al. 4) ³.

Une difficulté particulière se présente lorsque l'un des héritiers de l'associé décédé, est mineur. On sait en effet que tous les associés de la SNC sont commerçants et que les mineurs ne peuvent pas l'être (*supra*, n° 131). En ce cas, il est prévu (al. 7) que l'héritier mineur ne répond des dettes sociales qu'à concurrence de l'actif de la succession de son auteur, ce qui peut léser les créanciers de la société ; et la société doit, dans le délai d'un an à compter du décès, être transformée en société en commandite, dont le mineur devient commanditaire. À défaut, elle est dissoute ⁴.

c) **Clause de continuation avec un bénéficiaire déterminé**. L'alinéa 3 laisse une grande liberté aux rédacteurs des statuts qui peuvent prévoir que la société continuera avec le conjoint survivant, l'un des héritiers ou seulement quelques-uns d'entre eux ⁵, toute personne désignée dans le pacte social ou même, si celui-ci l'autorise, par dispositions testamentaires. Dans tous les cas, une clause d'agrément peut bien entendu être stipulée (elle est même recommandée) ; et l'alinéa 5 précise que les bénéficiaires de la stipulation sont redevables à la succession de la valeur des droits sociaux qui leur sont attribués.

1. V. Com. 28 juin 1988, *JCP E* 1988, II, 15292, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain. Cf. J. Derruppé, *Un trou législatif : le choix du successeur d'un associé décédé*, in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz 1991, p. 73.

2. Com. 21 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 50, n° 14, J.-P. Garçon (intérêts dus de plein droit depuis la sommation de payer, art. 1153 C. civ.).

3. Com. 5 oct. 2004, *Dr. sociétés* 2005, n° 44, F. X. Lucas.

4. Paris, 12 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 892, n° 322, P. Le Cannu. L'article L. 221-15 cite l'exemple de la commandite, mais la société pourrait également se transformer en SA ou en SARL.

5. Sur une clause laissant le choix aux héritiers d'entrer dans la SNC ou non, Com. 14 déc. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 528, n° 110, B. Saintourens.

- 158 **Élimination d'un associé** ◇ Lorsqu'un jugement de liquidation judiciaire ou arrêtant un plan de cession totale, une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité ¹ est devenu définitif à l'égard de l'un des associés, la société est dissoute (art. L. 221-16, al. 1) ². L'*intuitus personae* est encore à l'origine de la règle. Cependant la continuation de la société peut avoir été prévue par les statuts ou peut être décidée à l'unanimité par les autres associés ³. L'élimination d'un associé, exceptionnelle en droit des sociétés, permet ainsi la continuation de la SNC ⁴. La valeur des droits sociaux à rembourser à l'associé exclu est déterminée à l'amiable ou, à défaut, par expert (art. L. 221-16, al. 2) ⁵.

§ 3. La modification des statuts

- 159 **Modalités** ◇ La décision de modification des statuts doit être prise à l'unanimité des associés, mais il peut être prévu que la majorité fixée par les statuts suffit (art. L. 221-6).

La modification des statuts doit faire l'objet des formalités de publicité légales et réglementaires, à peine de nullité (art. L. 235-2).

SECTION 4. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

- 160 **Causes de dissolution** ◇ La société en nom collectif est soumise aux causes de dissolution communes à toutes les sociétés (arrivée du terme, réalisation ou extinction de l'objet social, annulation du contrat de société, décision des associés, dissolution judiciaire pour mésentente ⁶, réunion de toutes les parts en une seule main sans régularisation ⁷) (*supra*, n^{os} 105 s.).

1. La mise en tutelle ou en curatelle doit être considérée comme une incapacité. Rappr. Com. 8 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 386, n° 80, P. Le Cannu.

2. Il est possible de prévoir dans les statuts que le redressement judiciaire de l'un des associés lui fera perdre cette qualité, dès lors que lui est due la valeur des droits dont il est ainsi privé pour un motif qui est en l'occurrence conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public, Com. 8 mars 2005, D. 2005, p. 839, A. Lienhard ; JCP E 2005, 1046, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2005, n° 117, J. Monnet ; *Bull. Joly* 2005, p. 995, n° 237, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 2005, p. 618, D. Randoux.

3. Les associés ont ainsi le pouvoir exceptionnel de faire « revivre » la société dissoute, sans conséquence fiscale préjudiciable puisque la prorogation de la société est régulière (*supra* n° 105).

4. J.-P. Storck, *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, 233. V. également sur la possibilité d'exclusion des héritiers de l'associé décédé, *supra*, n° 157.

5. Cf. Com. 8 mars 2005, préc.

6. Com. 19 sept. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 147, n° 17, P. Le Cannu.

7. Com. 12 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 504, n° 106, M.L. Coquelet (société radiée, incapacité d'agir en justice) ; Paris, 27 sept. 1996, *Dr. Sociétés janv.* 1997, p. 4, note crit. Th. Bonneau (un créancier étant une personne intéressée peut demander la dissolution de la SNC devenue uniper-

Mais la SNC, société de personnes, est également dissoute pour des causes liées à des événements touchant personnellement les associés. Cependant des dispositions statutaires ou la décision unanime des associés permettent la continuation de la société. Ainsi en est-il en cas de décès de l'un des associés (*supra*, n° 157) ; en cas de révocation de l'un des gérants, lorsque tous les associés sont gérants ou si un ou plusieurs gérants choisis parmi les associés sont désignés dans les statuts (art. L. 221-12, al. 1 ; *supra*, n° 138).

Les mêmes solutions sont également applicables en cas de liquidation judiciaire, mais pas de redressement, en cas de jugement arrêtant un plan de cession totale de l'entreprise, d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité devenu définitif à l'égard de l'un des associés (art. L. 221-16, al. 1 ; *supra*, n° 158).

- 161 **Effets de la dissolution** ◇ La dissolution entraîne les conséquences communes à toutes les sociétés, la liquidation et le partage (*supra*, n°s 115 s.) ¹.

sonnelle sans que soient remises en cause les conditions du plan de continuation dont la société bénéficie).

1. Sur la *fiscalité* de la dissolution des SNC, *supra* n° 127.

CHAPITRE 2

LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

162 Éléments caractéristiques ◇ La société en commandite simple (ou par intérêt) est une société de personnes dont la particularité est de comporter deux catégories d'associés : un ou plusieurs *commandités* qui ont le statut des associés en nom collectif ; un ou plusieurs *commanditaires* qui ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence du montant de leur apport et qui n'ont pas, à ce titre, la qualité de commerçant (art. L. 222-1).

Cette particularité se retrouve dans la société en commandite par actions (art. L. 226-1 et s. ; *infra*, n° 589) ; mais les deux types de sociétés se distinguent par l'intensité de l'*intuitus personae* chez les commanditaires. Alors qu'il est très fort dans la commandite simple, où les associés s'engagent parce qu'ils se connaissent, ce qui entraîne en principe l'incessibilité des parts sociales, en revanche, dans la commandite par actions, ce sont les capitaux apportés par les commanditaires qui comptent avant tout, et leurs actions sont librement négociables.

La société en commandite a fait son apparition au Moyen Âge, grâce au contrat de *commande*, utilisé dans le commerce de mer, puis le commerce terrestre : une personne souhaitant faire prospérer ses biens confiait à un marin ou à un marchand des marchandises ou de l'argent. À l'issue de l'opération, les bénéfices étaient partagés, mais le propriétaire des marchandises ou du capital, en cas de mauvaise fortune, ne perdait que son apport.

Ce contrat, devenu contrat de société, permettait aux « personnes de distinction » (nobles, officiers, prêtres) qui ne pouvaient être commerçants de pratiquer le commerce par personne interposée, avec une responsabilité limitée.

La société en commandite simple ¹, après avoir suivi une courbe légèrement ascendante, comme les autres sociétés de personnes, connut un brusque déclin à partir de 1925 avec l'instauration de la société à responsabilité limitée (*infra*, n°s 173 s.).

La société en commandite simple est régie par les articles L. 222-1 à L. 222-12 et R. 222-1 à R. 222-3 du Code de commerce. L'article L. 222-2 précise que les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles prévues aux articles L. 222-1 à L. 222-12. Seules seront donc exposées ici les règles propres à la commandite.

1. V. l'ouvrage très documenté, *La société en commandite entre son passé et son avenir*, sous la direction d'Alain Viandier ; avant-propos d'A. Sayag ; *Études du CREDA, Librairies techniques* 1983, cf. spéc. 1^{re} partie : Le déclin ; Y. Faure, *Les Commandites*, Joly éd. 1997, p. 230.

163 Avantages et inconvénients ◇ La commandite ne regroupe en principe qu'un petit nombre d'associés. Actuellement, cette société résulte souvent de la transformation d'une société en nom collectif par suite du décès de l'un des associés, laissant des héritiers mineurs qui ne pouvaient donc être associés en nom (art. L. 221-15 *in fine* ; *supra*, n° 157). Très peu de commandites se créent chaque année ¹ car on craint les complications engendrées par deux catégories d'associés dont les droits et obligations sont différents. *Sur le terrain juridique*, les commandités sont tenus indéfiniment et solidairement du passif social ² ; les commanditaires ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion externe de la société (*infra*, n° 168), ce qui altère leurs prérogatives d'associés. Les parts sociales, y compris celles des commanditaires, sont difficilement cessibles.

Fiscalement ³, les commandités sont personnellement passibles de l'impôt sur le revenu sur la part des bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société (régime des associés en nom), alors que la part des commanditaires dans les bénéfices est assujettie à l'impôt sur les sociétés et, en cas de distribution, les dividendes sont en outre soumis au nom de chaque commanditaire à l'impôt sur le revenu (régime des associés de SARL ou des actionnaires de SA). Au *plan social*, le commandité n'est pas justiciable du régime général de la sécurité sociale.

Ces inconvénients ⁴ ne semblent cependant pas dirimants à certains auteurs qui estiment que « les défauts les plus importants ne sont en fait que des imperfections apparentes, alors que les autres désagréments se révèlent le plus souvent aisément curables » ⁵, et qui ont prédit, il est vrai avant l'instauration de la SAS, que la commandite pourrait bien être « la société de demain » ⁶, grâce notamment à la grande liberté laissée aux rédacteurs du pacte social.

La possibilité de désigner une personne morale comme commandité peut permettre de limiter considérablement l'inconvénient de la responsabilité indéfinie dans ce type de société ⁷.

1. V. les statistiques du tribunal de commerce de Paris, *supra*, n° 2.

2. Com. 20 juin 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 126, D. Vidal ; JCP E 2000, p. 1912, Th. Bonneau.

3. Sur ce régime fiscal hybride, *supra* n° 13 ; pour un exemple, CE 27 mars 2009, *Dalamel de Bournet*, RJF 6/09, n° 572.

4. Ces défauts ont paru suffisamment graves au tribunal de commerce de Paris (aff. *Agache-Willot*, 29 juin 1981, *Rev. sociétés* 1982, 791, M. Guilberteau ; *Gaz. Pal.* 1981, II, 687, P. de Fontbressin) pour annuler sur la base d'un abus de majorité, la transformation d'une société anonyme en société en commandite simple, en retenant notamment le risque pour les commanditaires d'une défaillance de la société mère, associé commandité unique, qui entraînerait la dissolution de la société.

5. *La société en commandite...*, *op. cit.*, p. 184.

6. *Id.*, p. 234. Adde, *Financement, capital et pouvoir dans l'entreprise : une nouvelle chance pour la commandite ?* réunion-débat CREDA, JCP E 1984, 14371.

7. A. Guineret-Brobbe Dorsman, *La GMBH et Co. KG allemande et la « commandite à responsabilité limitée française » : une illustration de la liberté contractuelle en droit des sociétés ?* LGDJ 1998, préf. M. Fromont.

SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

164 Statuts ◇ Les statuts de la commandite doivent contenir les mêmes indications que ceux d'une société en nom collectif (*supra*, n° 135). En outre, ils doivent mentionner : le montant ou la valeur des apports de tous les associés ; la part dans ce montant ou cette valeur de chaque associé commandité ou commanditaire ; la part globale des associés commandités et la part de chaque associé commanditaire dans la répartition des bénéfices et dans le boni de liquidation (art. L. 222-4). Ces précisions doivent permettre d'éviter toute ambiguïté quant à la situation des deux catégories d'associés ¹. Encore faut-il que les tiers prennent le soin de consulter les statuts.

Comme dans les sociétés en nom collectif, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société, sans que les associés et la société puissent se prévaloir, à l'égard des tiers de cette cause de nullité. Cependant, le tribunal peut ne pas prononcer la nullité encourue, si aucune fraude n'est constatée (art. L. 235-2).

165 Dénomination sociale ◇ La société en commandite simple est désignée, comme toutes les autres sociétés, par une dénomination sociale à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés, commandité ou même commanditaire (art. L. 222-3) ².

Dans tous les documents sociaux destinés aux tiers (lettres, factures, annonces, publications diverses) la dénomination sociale doit être précédée ou suivie immédiatement des mots « société en commandite simple » (art. R. 222-1 et R. 123-238).

166 Associés ◇ La société en commandite ne peut être constituée valablement que si elle comprend au moins deux associés, un commandité et un commanditaire. Pour être commanditaire, il suffit d'avoir la capacité civile (mineur, majeur protégé). Cependant, en participant en qualité d'associé, à une société de personnes, commerciale par la forme, le commanditaire fait un acte de commerce ; il peut donc être assigné devant le tribunal de commerce, même par les créanciers sociaux ³.

Quant à la personne physique ou morale qui souhaite être associé commandité, elle doit remplir les mêmes conditions que pour être associé en

1. A défaut de précision, l'associé est réputé être commandité à l'égard des tiers, Paris 5 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 536, n° 118, L. Godon ; *Dr. sociétés* 2002, n° 69, J. Monnet.

2. V. la solution différente donnée pour la société en commandite par actions, art. L.224-1, al. 2.

3. Cf. par ex. G. Ripert et R. Roblot, n° 1224.

nom (art. L. 222-1, al. 1 ; *supra*, n° 131) ¹. Si, jusqu'à la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux, le mari et la femme ne pouvaient être que commanditaires, ou l'un commanditaire, l'autre commandité dans la même société, la nouvelle rédaction de l'article 1832-1 alinéa 1^{er} du Code civil ne leur interdit plus d'être tous les deux commandités dans la même société, bien qu'ils soient responsables indéfiniment et solidairement du passif social (*supra*, n° 48).

- 167 *Apports et capital social*** ◇ Les apports des commandités peuvent se réaliser en espèces, en nature ou en industrie. En revanche, l'apport en industrie est interdit de la part d'un commanditaire (art. L. 222-1, al. 2). La prohibition pourrait s'expliquer par l'idée ancienne que le commanditaire ne peut être qu'un « capitaliste ». En réalité, la raison est technique : le commanditaire n'étant tenu qu'à concurrence du montant de son apport (art. L. 222-1, al. 2), celui-ci doit pouvoir être saisi par les créanciers sociaux, ce qui ne serait pas possible en cas d'apport en industrie (*supra*, n° 34). Au cas où le commanditaire ne libérerait pas son apport, en espèces ou en nature, les créanciers sociaux pourraient agir contre lui par voie d'action oblique (art. 1166 C. civ.), mais également, selon la jurisprudence ², par voie d'action directe. C'est pourquoi les exceptions que le commanditaire pourrait opposer à l'action intentée par la société ou en son nom ne sont pas opposables à l'action directe des tiers (par ex. conventions entre associés relatives à la réalisation des apports ; dol du gérant ou des associés pour déterminer le commanditaire à entrer dans la société).

Concernant le *capital social*, la loi ne fixe aucun minimum, puisque l'essentiel de la garantie des créanciers sociaux repose sur l'engagement indéfini et solidaire des commandités.

SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

- 168 *Gérance, interdiction d'immixtion des commanditaires*** ◇ Ce sont les règles de la société en nom collectif qui s'appliquent à la gérance de la commandite ³. Cependant, la gérance ne peut jamais être confiée à un commanditaire, puisqu'aux termes de l'article L. 222-6, al. 1^{er}, « l'associé

1. Cf. Soc. 8 nov. 1967, *Bull. civ.* IV, n° 705, p. 597 ; E. Le Dolley et J. Richard, *JCP E* 1986, 15823, n° 18.

2. Req. 24 janv. 1894, *D.* 1894, I, 519 ; S. 1895, I, 497, Wahl. L'Ancien droit n'admettait pas cette action directe, pour ne pas dévoiler la personnalité des commanditaires. Aujourd'hui le pacte social révèle leurs noms et les créanciers sociaux sont autorisés à compter sur leurs apports.

3. Sur l'admission par la Cour de cassation de la révocation judiciaire d'un gérant de société en commandite simple pour cause légitime, Com. 8 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 781, n° 167 ; *Dr. sociétés* 2005, n° 139, J. Monnet.

commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration ».

Cette **défense d'immixtion du commanditaire** ¹ est destinée à protéger les tiers. Par son immixtion dans la gestion de la société, le commanditaire pourrait laisser croire qu'il est tenu du passif social sur ses biens personnels ².

Lui sont donc interdits les *actes de gestion externe*, c'est-à-dire ceux qui le mettent en rapport avec les tiers (marchés conclus au nom de la société, signature d'effets de commerce...). La jurisprudence considère qu'il y a immixtion même si le commanditaire n'est intervenu que dans la préparation de l'acte, sans le conclure ³. Il suffit que le tiers ait pu être induit en erreur.

En revanche, restent permis au commanditaire les *actes de gestion interne*, tels les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance (art. R. 222-2) ⁴. C'est ainsi que tout commanditaire a le droit, deux fois par an, d'obtenir communication des livres et documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale, auxquelles il doit être répondu également par écrit (art. L. 222-7 ; R. 222-3 et R. 221-8). Il lui est également possible d'être lié à la société par un contrat de travail, dès lors qu'il n'est pas conduit par ses fonctions salariales à traiter avec les tiers au nom de la société.

En cas d'immixtion dans la gestion externe de la société, les sanctions sont graduées. Le commanditaire doit répondre solidairement avec les commandités, sur son patrimoine propre, des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés. En outre, sa responsabilité solidaire peut être étendue par le tribunal à tous les engagements de la société, compte tenu du nombre et de l'importance de ses actes d'immixtion (art. L. 222-6). Enfin, si la qualité de dirigeant de fait lui est reconnue, il peut être appelé à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif dans le cadre de la procédure collective intentée contre la société (cf. art. L. 651-2).

169 **Décisions collectives** ⁵ ◇ La réunion d'une assemblée de tous les associés est obligatoire dès lors qu'elle est demandée soit par un commandité, soit par

1. Pic, *La défense d'immixtion des commanditaires dans la gestion des sociétés*, DH 1933, Chron. p. 21 ; Y. Desdevises, *L'immixtion dans la gestion d'une société*, *Revue Éco. et comptabilité*, déc. 1980, p. 3.

2. Req. 10 juill. 1900, D. 1901, I, 436. La possibilité que son nom figure dans la dénomination sociale (*supra*, n° 165) est donc d'autant plus regrettable.

3. Un non associé peut être gérant, ce qui risque d'induire les tiers en erreur sur l'étendue de sa responsabilité.

4. Sur la possibilité de soumettre au veto de chaque commanditaire la désignation, la révocation ou la démission d'un gérant, cf. obs. Cl. Champaud, *RTD com.* 1978, p. 392, n° 6, à propos de Rennes, 3 mai 1977.

5. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, deux membres du comité d'entreprise peuvent assister aux assemblées. Ils doivent, à leur demande, être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés (art. L. 2323-6 C. trav.).

le quart en nombre et en capital des commanditaires (art. L. 222-5). Elle paraît également obligatoire pour l'approbation annuelle des comptes (cf. art. L. 222-2 et L. 221-7) ¹. Pour le reste, les modalités de consultation sont fixées par les statuts, qui peuvent prévoir que la consultation se fera par correspondance.

Les conditions de majorité pour l'adoption des décisions ordinaires (v. *supra*, n° 147) sont librement fixées par le pacte social. En revanche, le changement de nationalité de la société exige l'accord unanime des associés (art. L. 222-9, al. 1). Toutes les autres modifications des statuts (décisions extraordinaires) peuvent être décidées avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires (art. L. 222-9, al. 2) ; et les clauses qui édicteraient des conditions plus strictes de majorité seraient réputées non écrites (art. L. 222-9, al. 3).

Le texte n'envisage pas l'hypothèse de la transformation de la commandite simple en société en nom collectif. Comme cette décision aurait pour effet d'augmenter les engagements des commanditaires, désormais tenus indéfiniment et solidairement du passif social, il ne fait pas de doute que l'unanimité s'impose en application des règles de droit commun (art. 1836, al. 2 C. civ.).

SECTION 3. LES PARTS SOCIALES

170 Cessions entre vifs ◇ Les parts sociales des commandites simples ne peuvent pas être représentées par des titres négociables (art. L. 222-2 et L. 221-13, al. 1). Compte tenu de l'*intuitus personae* qui domine ce type de société, le principe est que les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés (art. L. 222-8-I). Toutefois les statuts peuvent apporter des assouplissements, variables suivant la catégorie d'associés. Lorsqu'il s'agit de parts d'associés *commanditaires*, le pacte social peut stipuler qu'elles sont librement cessibles entre associés (art. L. 222-8, II, 1°) ou qu'elles peuvent être cédées à des non associés avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires (art. L. 222-8-II, 2°).

Quant au *commandité*, il ne pourrait se retirer de la société qu'avec le consentement de tous ses coassociés ². En effet les statuts ne peuvent déroger à la règle de l'unanimité que s'il s'agit de la cession d'une *partie des parts* du commandité, qui peut être cédée à un commanditaire ou à un non associé

1. V. en ce sens, par ex. *Mémento Lefebvre* n° 4820 ; *Contra* J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, T. 1, n° 339, s'appuyant sur l'ancien article L. 27 (L. 222-5) qui laisserait toute liberté aux statuts.

2. Sur l'obligation de l'ancien commandité au solde débiteur du compte-courant de la société, Com. 4 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 476, n° 190, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1997, p. 281, Cl. Champaud et D. Danet ; *RTD civ.* 1997, p. 690, P.Y. Gautier ; *Dr. sociétés* 1997, n° 58, Th. Bonneau.

avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires (art. L. 222-8-II, 3^o renvoyant au 2^o) ¹.

Pour le surplus, le régime de l'agrément est le même que celui relatif aux cessions de parts sociales des sociétés en nom collectif (*supra*, n^{os} 155 s.).

171 Transmission par décès ◇ Il convient, ici encore, de distinguer selon que le défunt était commandité ou commanditaire.

Le décès du *commandité* met fin, en principe, à la société. Mais les statuts peuvent prévoir la continuation de la commandite, comme dans les sociétés en nom collectif (*supra*, n^o 157). En ce cas, si les héritiers sont mineurs, ceux-ci deviennent commanditaires (art. L. 222-10, al. 2). Si le défunt était le seul commandité et si ses héritiers sont tous mineurs, il doit être procédé à son remplacement par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société, dans le délai d'un an à compter du décès. À défaut, la société serait dissoute de plein droit à l'expiration de ce délai (art. L. 222-10, al. 2).

Le décès d'un *commanditaire* n'empêche pas la société de continuer (art. L. 222-10, al. 1). Les statuts peuvent prévoir l'agrément des héritiers du défunt dans les mêmes conditions qu'en cas de décès d'un associé dans une SNC (*supra*, n^o 157).

SECTION 4. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE

172 Causes de dissolution ◇ La société en commandite simple est dissoute lorsque survient l'une des causes communes à toutes les sociétés (*supra*, n^{os} 105 s.) ². Elle peut également être dissoute pour une cause touchant l'un des commandités :

- en cas de décès d'un commandité, la société est en principe dissoute, à moins que les statuts n'en aient disposé autrement (art. L. 222-10, al. 2 ; *supra*, n^o 171) ;
- en cas de défaut de transformation de la société en SARL ou en SA, ou d'absence d'un nouveau commandité dans le délai d'un an à compter du décès du seul associé commandité, lorsque ses héritiers sont tous mineurs (art. L. 222-10, al. 2, *supra*, n^o 171) ;
- en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou d'incapacité frappant l'un des commandités, la société est dissoute à moins que, s'il existe un ou plusieurs autres commandités, la continuation de la société ne soit prévue par les

1. Civ. 1^{re}, 12 nov. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 986, n^o 396.

2. V. en cas d'impossibilité de remplacer l'unique associé commandité, démissionnaire de ses fonctions de gérant, la décision de dissolution pour justes motifs prononcée par Rennes, 3 mai 1977, *préc.*, *RTD com.* 1978, p. 391, n^o 4, *Cl. Champaud*.

statuts ou que tous les associés ne le décident à l'unanimité (art. L. 222-11) ¹. L'associé sortant est alors indemnisé de la valeur de ses droits sociaux ; faute d'accord entre les parties, cette valeur est fixée par expert (art. L. 221-16, al. 2) ².

1. Sur l'inconvénient de cette solution, cf. note Ph. Merle sous T. com. Mirecourt, 3 mars 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 279. V. déjà T. com. Paris, 29 juin 1981 (aff. *Agache-Willot*) préc., *Rev. sociétés* 1982, 791, M. Guilberteaud ; *Gaz. Pal.* 1981, II, 687, P. de Fontbressin.

2. V. *supra*, n° 158 pour la société en nom collectif. Cf. J. P. Storck, *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, 233.

TITRE 2

LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

La SARL de type traditionnel comprend au moins deux associés. Si elle n'en comprend qu'un, elle est une EURL, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

Chapitre 1 : La société à responsabilité limitée de type traditionnel (SARL).

Chapitre 2 : L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL).

CHAPITRE 1

LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE DE TYPE TRADITIONNEL (SARL)

173 Généralités ¹ ◇ La société à responsabilité limitée (SARL) est constituée entre des associés qui n'ont pas la qualité de commerçant et ne sont responsables que dans la limite de leurs apports. Le capital social est divisé en parts qui ne sont, en principe, pas librement cessibles. La SARL est de loin, la plus répandue des sociétés en France, puisqu'en janvier 2007, on en dénombrait 1 550 637 contre 133 158 sociétés anonymes, et seulement 59 043 sociétés en nom collectif ². Ces chiffres expliquent la place importante qui est réservée à la SARL dans ce *Précis*.

Ce succès est d'autant plus intéressant à souligner que ce type de société n'a été introduit dans notre législation que par la loi du 7 mars 1925. Les Allemands ³ l'avaient créée en 1892 (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung-GmbH*) et c'est son très bon accueil en Alsace-Lorraine qui conduisit le législateur français à l'étendre à l'ensemble du territoire.

Les raisons de ce succès s'expliquent aisément : la SARL permet de se livrer à une activité commerciale sans encourir la moindre responsabilité personnelle si ce n'est le risque de perdre son apport, à la différence de la société en nom collectif où les associés ont la qualité de commerçant. Elle se constitue facilement avec deux associés seulement, et même un seul dans le cadre d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL, v. *infra*, n^{os} 231 s.), alors qu'il faut sept actionnaires pour une société anonyme, et un capital social qui peut, depuis la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, n'être que d'un euro (*infra*, n^o 178) ! Le poste de gérant offre une grande sécurité, des pouvoirs étendus, sans responsabilité personnelle à la différence du commandité. Enfin, la « petite SARL » n'est pas obligatoirement dotée d'un commissaire aux comptes.

Toutes ces facilités ont attiré cependant des individus peu scrupuleux qui se sont abrités derrière le masque de la SARL, et on a assisté à des « faillites »

1. B. Saintourens, *L'entreprise en société à responsabilité limitée*, Dalloz 1994.

2. *Supra*, n^o 2, tableau I.

3. V. *La réforme de la GmbH (SARL) par la loi du 4 juill. 1980 de la République fédérale allemande ; La « deutsche GmbH – Nouvelle 1980 »* par Marcus Lutter, *Rev. sociétés* 1980, p. 645 ; *Les implications de la loi du 4 juill. 1980 portant réforme de la « Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) »*, par R. Storp et C. Aceti, *Rev. sociétés* 1980, p. 652 ; J. Honorat, *Place respective de la liberté contractuelle dans la SARL et la GmbH*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 507. V. le très intéressant tableau comparatif entre les SARL dans les différents États membres de la Communauté, in *Bull. Joly* 1992, p. 608, n^o 198.

très nombreuses, n'entraînant de sanctions que contre la société. En réaction, à partir de 1935, de nombreuses réformes sont intervenues, spécialement pour aggraver les responsabilités civile et pénale des gérants en cas de « faillite » de la société ¹.

De son côté, la pratique bancaire est venue, en fait, ruiner le principe de responsabilité limitée du gérant ou de l'associé principal. Le banquier qui prête de l'argent ou consent une ouverture de crédit à une SARL ne peut pas se contenter de la garantie offerte par le capital social, désormais librement fixé par les statuts. Il exige systématiquement, de la part du gérant ou de l'associé majoritaire, un cautionnement personnel qui l'engage bien au-delà de son apport ².

La SARL est actuellement régie par les articles L. 223-1 à L. 223-43 et R. 223-1 à R. 223-36 du Code de commerce. Certains de ces articles ont été modifiés, dans le sens d'un assouplissement de la réglementation, par l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises ³. La SARL a été ainsi dotée de nouveaux atouts qui la rendent plus attractive.

174 Éléments caractéristiques ◇ La SARL est une *société de nature hybride* (*supra*, n° 12) ⁴. Elle n'est pas une société de personnes, du type société en nom collectif (la responsabilité des associés est limitée ; les causes de dissolution attachées à la personne des associés ne jouent pas). Elle n'est pas non plus une société de capitaux, du type société anonyme (l'*intuitus personae* y joue un rôle non négligeable, les parts sociales ne sont pas librement cessibles) ⁵.

Mais la loi du 24 juillet 1966 et les réformes postérieures l'ont fait incontestablement glisser du côté de la société anonyme ⁶, celle qui ne fait pas appel public à l'épargne : la constitution de la SARL se réalise dans des conditions plus strictes (dépôt des fonds, évaluation des apports en nature). Le gérant perd son omnipotence en étant révocable plus facilement, en étant soumis à un contrôle plus rigoureux des associés, voire d'un commissaire aux comptes dans les sociétés les plus importantes. Les associés minoritaires sont mieux protégés (possibilité de poser des questions écrites à la gérance ou de demander une expertise de gestion ; vote sur les conventions intervenues

1. Par ex. D.L. des 8 août et 30 oct. 1935 ; D. 9 août 1953, puis les lois des 13 juill. 1967 et 25 janv. 1985.

2. D. Legeais, *La caution dirigeante*, in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz 2007, p. 599. Sur le régime fiscal de ces cautions, *infra* n° 191.

3. V. les commentaires de A. Lienhard, D. 2004, p. 930, H. Lécuyer, *Petites Affiches* 16 avr. 2004, p. 4 ; B. Saintourens, *Rev. sociétés* 2004, p. 207 ; T. Massart, *Bull. Joly* 2004, p. 743, n° 152 ; J. Monnet, *Dr. sociétés* juill. 2004, p. 6 ; Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2004, p. 313 s.

4. J. Boucourechliev et N. Huet, *De natura SARL*, in *Études Sayag, Litec* 1997, p. 177.

5. V. sur le renforcement de l'*intuitus personae* par un « pacte de collaboration » entre associés, Paris 2 févr. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 580, n° 162, J.-P. Dom.

6. J. Derruppé, *Le nouveau visage de la SARL dans la loi du 24 juill. 1966*, in *Mélanges Brèthe de la Gressaye* 1967, p. 177.

entre la société et l'un de ses gérants ou associés) ¹. Surtout, ils sont assurés de pouvoir quitter la société dès lors qu'ils ont trouvé un acquéreur pour leurs parts sociales. Quant aux tiers, ils bénéficient désormais des mêmes protections que s'ils contractaient avec une société anonyme (pouvoir légal de la gérance avec inopposabilité des clauses statutaires restrictives ; connaissance des comptes sociaux déposés obligatoirement au greffe du tribunal de commerce ; en cas de difficulté, possibilité de bénéficier des procédures de sauvegarde et de redressement grâce à la mise en œuvre des procédures d'alerte par les associés, le commissaire aux comptes ou le comité d'entreprise).

La SARL est nécessairement de *taille moyenne*. Le législateur la limite à 100 associés ². Au-delà, elle doit obligatoirement se transformer. Son capital peut désormais n'être que d'un euro. En raison de sa faible surface, lui sont interdites les activités d'assurance, de capitalisation et d'épargne. Ses possibilités d'activité financière sont réduites : il lui est interdit d'émettre des valeurs mobilières, sauf des obligations et à condition de ne pas faire une offre au public de ces obligations (art. L. 223-11 nouv. ; sur les modalités strictes d'émission, *infra*, n° 227-1).

175 Avantages et inconvénients ◇ Une fois que la décision a été prise de passer de l'entreprise individuelle à l'entreprise sociale (*supra*, n°s 3 s.), un choix tout aussi difficile doit alors être effectué quant au type de société à adopter, l'hésitation se situant généralement entre la SARL, la société en nom collectif, la société anonyme et la SAS.

La société en nom collectif se constitue et fonctionne plus simplement que la SARL ; les gérants associés ont une situation plus stable dans la mesure où ils ne peuvent être révoqués que sur décision unanime des autres associés.

Mais la différence essentielle concerne le statut des associés. Dans la société en nom collectif les associés sont tous commerçants et répondent indéfiniment et solidairement sur leurs biens personnels du passif social. La limitation de responsabilité dans la SARL est un atout important, même si elle ne joue pleinement, du fait de la pratique bancaire et des règles sur le comblement du passif, qu'en faveur des associés non dirigeants de droit ou de fait. Le statut fiscal fera souvent la décision, celui de la SARL étant actuellement mieux adapté pour les sociétés familiales, et pour les entreprises en voie de développement désirant conserver pour leur autofinancement des bénéfices de plus en plus importants ³.

Concernant le choix entre la **société anonyme** et la SARL, il a été longtemps faussé par des considérations d'ordre fiscal ou de sécurité sociale.

1. J.-B. Bosquet-Denis, *La protection de l'associé contre le gérant statutaire et égalitaire d'une SARL*, *Rev. sociétés* 1993, p. 751.

2. Le maximum d'associés était fixé à 50 avant l'ordonnance du 25 mars 2004.

3. *Mémento Lefebvre*, n° 5008.

Compte tenu de la situation très peu avantageuse qui était faite au gérant majoritaire (*infra*, n° 193), le créateur principal de l'entreprise préférait le statut de la société anonyme, car, quelle que soit l'importance de sa participation dans le capital, en sa qualité de président du conseil d'administration ou de directeur général, il était assujéti au régime fiscal et social des salariés, alors qu'en tant que gérant de SARL, il ne pouvait bénéficier de ce régime que s'il n'était pas majoritaire. De plus, dans la SARL, la cession de parts sociales a longtemps été soumise à un droit d'enregistrement supérieur à celui dû en cas de transmission d'actions. Tel n'est plus le cas dorénavant, le droit dû sur les cessions de parts sociales étant de 3 % (sur la fraction supérieure à 23 000 € ¹), soit le même taux que celui dû sur celles d'actions (plafonné à 5 000 € ²). Ces deux raisons, surtout la première, ont été souvent décisives pour le passage en société anonyme, alors que la structure de la SARL est mieux adaptée pour la petite entreprise familiale : deux associés suffisent (au lieu de sept actionnaires) ; la gérance peut être assurée par une seule personne (contre trois administrateurs au moins pour un conseil d'administration) ; le capital de départ peut n'être que d'un seul euro ; un commissaire aux comptes n'est pas obligatoire si la société ne dépasse pas certains seuils (*infra*, n° 204). Si bien que la SARL devrait être la structure d'accueil pour le démarrage des entreprises de taille petite ou moyenne, dans la plupart des cas.

Cependant, l'hésitation est désormais permise avec la **société par actions simplifiée** qui a l'avantage d'être la structure offrant le plus de souplesse, dans le cadre d'une responsabilité limitée pour ses associés. L'attrait de la SAS pour les PME – PMI a été encore renforcé par la loi de modernisation de l'économie (*infra* n° 595-1 s.).

176 Avenir de la SARL ◇ Il a été souligné que la SARL avait connu une crise ³. Cette crise s'explique par le statut longtemps très désavantageux fait au gérant majoritaire et par la trop grande rigidité introduite par la loi de 1966 qui a rapproché la SARL de la SA ne faisant pas appel public à l'épargne.

Aujourd'hui, un pas décisif a été franchi avec l'alignement du statut fiscal et social du gérant majoritaire sur celui du gérant minoritaire. Le seul véritable handicap fiscal qui demeurait et qui avait trait au droit d'enregistrement sur les cessions de parts sociales est tombé récemment ⁴. Mais, malgré leurs atouts, la SARL et l'EURL sont désormais sérieusement concurrencées par la SAS et la SASU, qui ont l'avantage d'offrir une très grande liberté statutaire (*infra*, n°s 595-1 s.) et de bénéficier d'un régime fiscal plus

1. Ce seuil s'applique pour les SARL qui ne sont pas à prépondérance immobilière ; en ce qui concerne ces dernières, le taux est de 5 % et il s'applique au premier euro (art. 726-III CGI, *supra* n° 4).

2. V. *supra*, n° 4.

3. Y. Guyon, n° 513.

4. V. *supra*, n° 4.

favorable pour le statut du président par rapport au gérant majoritaire et pour les cessions d'actions ¹.

SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SARL

§ 1. Les conditions de fond

177 Les associés ◇ La SARL traditionnelle comprend au moins *deux associés* ², personnes physiques ou personnes morales. Si au cours de la vie sociale il y a réunion en une seule main de toutes les parts sociales, cette réunion n'entraîne plus dissolution judiciaire de la société (art. L. 223-4). La SARL devient alors une EURL ; elle peut par la suite redevenir pluripersonnelle.

Le nombre des associés ne peut être supérieur à *cent* (art. L. 223-3) ³. Si ce nombre vient à être dépassé, en particulier à la suite d'un décès provoquant l'arrivée dans la société de plusieurs héritiers ⁴, la société doit être transformée dans un délai d'un an. Généralement, elle le sera en société anonyme. À défaut, elle est automatiquement dissoute, ce qui est une solution beaucoup trop rigide, à moins que pendant ce délai, le nombre des associés ne soit redevenu égal ou inférieur à cent.

Les associés de la SARL n'ayant pas la qualité de commerçant, aucune capacité particulière n'est requise. C'est dire que les mineurs, même non émancipés, les majeurs protégés peuvent faire partie de ce type de société. Bien entendu, deux époux peuvent appartenir à la même société et, même, en être les seuls associés (v. *supra*, n° 48) ⁵.

1. Ch. Cardon, *La LME et le match SARL / SAS : coup de sifflet final ?*, Bull. Joly 2009, p. 524, n° 104.

2. Sur les possibilités d'instituer une entreprise unipersonnelle (EURL), v. *infra*, n°s 231 s. Sur le risque de blocage d'une SARL constituée entre deux associés, détenant chacun la moitié du capital, pouvant conduire à la dissolution, Paris 8 nov. 1996, Bull. Joly 1997, p. 213, n° 80, G. Lesguillier ; JCP E 1997, I, 639, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Pau 18 mars 2003, BRDA n° 13-2003, p. 5 ; Com. 16 juin 1998, BRDA n° 13-1998, p. 3.

3. Avant l'ordonnance du 25 mars 2004, le nombre d'associés était limité à cinquante, mais il était rarement atteint en pratique... ce qui fait douter de l'utilité de la réforme.

4. Une indivision ne compte cependant que pour un seul associé, T. com. Rennes, 20 nov. 1970, Bull. Joly 1971, p. 165, n° 143. Sur les difficultés posées par la demande de vente de toutes les parts d'une SARL et le refus de faire jouer le droit de préemption réclamé par l'un des indivisaires, Lyon 23 mai 1990, Gaz. Pal. 9 mars 1991, A. Piedelièvre ; Rev. sociétés 1990, p. 645, Y. Guyon ; Rev. dr. bancaire 1991, p. 26, M. Jeantin et A. Viandier. Sur la possibilité pour un indivisaire d'agir en nullité d'une cession de parts sociales, Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, Bull. Joly 1992, p. 935, n° 302, F. Delhay et J.-M. Goetghebeu.

5. Cf. A. Colomer, *La nature juridique des parts de société au regard du régime matrimonial*, Defrénois 1978, art. t31588 et t31682 ; 1979, art. 32020 et 32034 ; cf. Paris 16 oct. 1990, Bull. Joly 1991, p. 201, p. 201, n° 65, B. Maubru (rétractation impossible de la renonciation du conjoint à la qualité d'associé d'une SARL ; art. 1832-2 C. civ) et sur pourvoi, Com. 12 janv. 1993, BRDA 3/1993, p. 14.

178 Le capital social ¹ ◇ Dans sa rédaction initiale, la loi du 24 juillet 1966 avait fixé le capital minimum à 20 000 F (environ 3 050 €). La loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises, avait haussé ce seuil pour les sociétés nouvellement constituées à 50 000 F (7 500 € depuis le 1^{er} janvier 2002), ce qui était encore estimé insuffisant ².

La loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, dans le souci de conforter la liberté d'entreprendre, a adopté un parti différent, en estimant qu'il n'y avait aucune logique à ce que la loi détermine arbitrairement le bon niveau de capital pour lancer une activité économique. Désormais, le montant du capital social est fixé librement par les statuts de la SARL et de l'EURL (art. L. 223-2). Il peut donc n'être que d'un euro ³ ! Les statistiques révèlent qu'en 2003 sur 125 747 créations de SARL, 3 068 sociétés disposaient d'un capital de lancement inférieur à dix euros ⁴.

Cette mesure, quelque peu démagogique, qui a été étendue aux SAS par la loi de modernisation de l'économie, peut être dangereuse, en laissant croire aux créateurs d'entreprises que les problèmes de financement de la création d'une société sont secondaires ⁵. Cependant, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de décider que la création d'une société sans apporter de fonds propres suffisants pour assurer son fonctionnement normal constitue une faute de gestion imputable au gérant ⁶.

Cette surface financière des SARL, qui peut être très faible, leur interdit par exemple toutes activités d'assurances ⁷, de capitalisation et d'épargne (L. 223-1).

Le capital social est divisé en parts sociales égales ⁸ dont la valeur nominale est librement fixée par les statuts (art. L. 223-2, al. 1), et qui ne peuvent jamais être représentées par des titres négociables (art. L. 223-12 ; v. *infra*,

1. Cf. S. Dana-Demaret, *Le capital social*, préf. Y. Reinhard, Litec 1989.

2. Si l'on avait voulu simplement tenir compte de l'inflation entre 1966 et 1989, le montant minimum du capital social aurait dû passer de 20 000 à plus de 100 000 F (15 267 €)... Le rapport Marini proposait un capital minimum de 100 000 F (p. 24).

3. Cf. Th. Massart, *Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro*, Bull. Joly 2002, p. 1361, n° 289 ; L. Jobert, *La SARL à un euro : un coup d'épée dans l'eau*, Dr. sociétés 2003, p. 3 ; L. Nurit-Pontier, *La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences*, D. 2003, p. 1612 ; G. Serra, *Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée ?* Bull. Joly 2004, p. 915, n° 185..

4. R. M. JO *déb.* As. Nat. 17 août 2004, p. 6494 ; Bull. Joly 2004, p. 1142, n° 232.

5. Sur les effets pervers de cette mesure, E. Brocard, *De l'utilité de constituer une SARL ?* Rev. sociétés 2004, p. 825.

6. Com. 23 nov. 1999, RJDA 2000, p. 361, n° 457. *Adde* Rouen, 20 oct. 1983, D. 1985, p. 161, J. J. Daigre ; Rev. sociétés 1984, 764, M. N. Legrand ; RJ com. 1985, p. 132, F. Cherchouly-Sicard, condamnant les gérants d'une entreprise de presse pour avoir fait preuve d'une légèreté certaine en mettant en fonctionnement une SARL au capital social extrêmement modique (le capital était de 17 300 F, alors que le minimum pour les entreprises de presse était de 2 000 F (300 €) avant l'abrogation de l'alinéa 3 de l'art. L. 224-2 C. com. par la loi pour l'initiative économique. Rapp. sur une condamnation au comblement du passif de dirigeants qui avaient commis une erreur d'appréciation quant aux besoins d'investissement, Com. 25 nov. 2008, Bull. Joly 2009, p. 491, n° 97, P. Gourdon.

7. V. Civ. 1^{re}, 24 avr. 1979, Bull. civ. I, n° 115, p. 94.

8. Cf. J.-M. de Bermond de Vaulx, *Les parts sociales privilégiées*, JCP E 1993, I, 294.

n° 219). Il peut être constitué par des apports en numéraire, en nature et même en industrie depuis la loi NRE.

179 Les apports en numéraire ◇ Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, les parts sociales peuvent n'être libérées que d'un cinquième de leur montant (art. L. 223-7, al. 1^{er})¹, alors qu'auparavant elles devaient être libérées en totalité lors de la constitution de la SARL. La libération du surplus doit intervenir en une ou plusieurs fois sur décision du gérant, dans un délai qui ne peut pas excéder cinq ans à compter de l'immatriculation au RCS². Lorsqu'il n'a pas été procédé dans le délai de cinq ans aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé, soit d'enjoindre sous astreinte au gérant de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité (art. 1843-3, al. 5 C. civ.).

Le retrait des fonds déposés par les intéressés peut désormais être effectué avant l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés par le mandataire de la société muni du récépissé de création d'entreprise (art. L. 223-8, al. 1^{er}, *supra*, n° 65).

Si la société n'était pas constituée ou immatriculée dans le délai de six mois à compter du premier dépôt de fonds, ou si elle n'était pas immatriculée au RCS dans ce même délai, les apporteurs pourraient individuellement demander en justice l'autorisation de retirer le montant de leurs apports. Dans les mêmes cas, un mandataire, dès lors qu'il représenterait tous les apporteurs, pourrait demander directement au dépositaire le retrait des fonds (art. L. 223-8 al. 2)³.

180 Les apports en nature ◇ Un bien quelconque, dès lors qu'il a une valeur patrimoniale, peut faire l'objet d'un apport en nature, qu'il s'agisse d'un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel (terrain, bâtiment, fonds de commerce, brevet, marque, créance, etc.). Le problème est celui de l'évaluation du bien, le risque essentiel étant celui de la surévaluation, au détriment des autres associés et des créanciers sociaux. Le législateur a donc instauré le système suivant :

1. Sur cette réforme, cf. J. Ph. Dom, *Bull. Joly* 2001, p. 758, n° 169. Sur les modalités de dépôt des fonds, cf. R.M. JO déb. AN 22 mai 1989, p. 2354 ; *Bull. Joly* 1989, p. 520, n° 183 ; sur le délit de fausse déclaration de libération de parts sociales (art. L. 241-1), cf. Crim. 20 mars 1989, *BRDA* 12-1989, p. 18.

2. Sur la question de savoir à qui incombe la libération en cas de cession de part, Lyon 9 juin 2005, *BRDA* n° 9-2006, p. 2 (SCI). Sur les nouvelles règles applicables à la libération du capital d'une SARL à capital variable depuis la loi NRE, cf. art. L. 231-5 ; J. Ph. Dom, *Bull. Joly* 2001, p. 758, n° 169 ; R. M. JO déb. Sénat 8 nov. 2001, p. 3564, *Bull. Joly* 2001, p. 1305. V. égal. J.-P. Bertrel, *La variabilité du capital social*, Dr. et patr. 1998, p. 78 ; J.-L. Troussset, *De l'utilisation de la société à capital variable*, JCP E 1999, p. 16. La clause de variabilité insérée dans les statuts doit mentionner le montant du capital maximal autorisé, Com. 6 févr. 2007, *BRDA* n° 4-2007, p. 2.

3. Le mandataire doit justifier auprès du dépositaire de l'autorisation écrite de tous les apporteurs (art. R. 223-5).

1) Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. En principe il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux apports (commissaire aux comptes ou expert) désigné à l'unanimité des futurs associés ou, à défaut, par le président du tribunal de commerce à la demande du futur associé le plus diligent (art. L. 223-9, al. 1^{er} et R. 223-6).

Cependant, pour éviter des frais, les futurs associés peuvent décider, à l'unanimité, de ne pas recourir à un commissaire aux apports. Cette possibilité est offerte dès lors qu'aucun apport en nature n'a une valeur supérieure à 7 500 € et si, en outre, la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation n'excède pas la moitié du capital (art. L. 223-9, al. 2).

2) Lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est supérieure à celle proposée par le commissaire, les associés sont *solidairement responsables* pendant cinq ans à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société (art. L. 223-9, al. 4).

Cette obligation légale de garantie, exclusive de toute idée de faute, permet aux tiers d'agir contre tous les associés existant au jour de leur action, même ceux qui sont entrés dans la SARL postérieurement à l'apport surévalué quitte, pour ceux-ci, à se retourner ensuite contre l'apporteur.

En pratique, l'action sera le plus souvent exercée dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ¹ et le demandeur devra prouver, quelquefois plusieurs années après, la réalité de la surévaluation au moment même de la constitution, puisque la garantie ne couvre pas le risque de dépréciation de l'apport.

3) Dans l'hypothèse où la surévaluation serait frauduleuse ², la loi frappe de lourdes *sanctions pénales* l'apporteur malhonnête et le commissaire aux apports (art. L. 241-3, 1^o ; prison jusqu'à cinq ans et/ou amende jusqu'à 375 000 €).

181 Les apports en industrie ◇ Jusqu'à la loi NRE du 15 mai 2001, il ne pouvait en principe pas y avoir d'apports en industrie dans une SARL. En effet, ces apports ont un caractère successif et jusqu'alors le capital devait être libéré immédiatement. Désormais, comme la libération peut s'étaler sur cinq ans, il appartient aux statuts de la SARL de déterminer les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie (art. L. 223-7, al. 2). Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au

1. Y. Guyon, n° 481. V. Com. 27 nov. 1972, *Rev. sociétés* 1974, 86, note A. Honorat.

2. J.-M. Robert, *Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature*, D. 1974, chron. 97. Cf. par ex. Crim. 22 janv. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 543, n° 143, D. Randoux ; *Rev. sociétés* 1990, p. 456, B. Boulloc ; *RTD com.* 1990, p. 417, n° 5, Y. Reinhard (dissimulation de sûretés grevant un fonds de commerce).

partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes (art. 1843-2, al. 2 C. civ.) ¹.

§ 2. Les conditions de forme

182 Formalités ◇ La constitution de la SARL peut être relativement rapide dès lors que les fondateurs auront réuni les pièces nécessaires et se seront adressés au *centre de formalités des entreprises* (*supra*, n° 62 s.).

Seules sont indiquées ici les quelques particularités propres à ce type de société.

Les *statuts* doivent être signés par tous les associés en personne ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial (art. L. 223-6), puisqu'il n'y a pas d'assemblée constitutive. Ces statuts sont établis soit par acte authentique (au cas d'apport d'un immeuble ou de société entre époux, *supra*, n°s 48, 58), soit par acte sous seing privé, avec autant d'originaux qu'il est nécessaire pour le dépôt d'un exemplaire au siège social et l'exécution des diverses formalités requises. De plus, un exemplaire des statuts établi sur papier libre doit être remis à chaque associé (art. R. 223-1, al. 2).

Outre les mentions traditionnelles, les statuts doivent indiquer sous peine de sanctions pénales (art. L. 241-1) la *répartition des parts sociales* entre les associés, leur libération, le dépôt des fonds correspondant aux apports en numéraire ². Comme les parts sociales ne sont pas matériellement créées, c'est cette indication statutaire qui fait preuve de la qualité d'associé.

La *dénomination sociale*, à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés, doit également figurer dans le pacte social. Elle doit être précédée ou suivie immédiatement des mots « société à responsabilité limitée » ou des initiales « SARL » et de l'énonciation du capital social (art. L. 223-1, al. 3) ³.

Aux statuts sont annexés le rapport du commissaire aux apports en cas d'apport en nature (art. L. 223-9 al. 1) et l'état des actes accomplis pour le

1. Cette réforme étend une solution qui avait été admise, à des conditions strictes, par une loi du 10 juill. 1982 relative aux conjoints d'artisan et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale (cf. G. Morin, in *Defrénois* 1983, art. 33154). Le titulaire des parts en industrie est un véritable associé, Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *JCP E* 2004, 806, p. 891.

2. La sanction pénale de l'article L. 241-1 pour fausse déclaration concernant la répartition des parts a été supprimée par la loi pour l'initiative économique. Le délit de droit commun de faux est cependant applicable.

3. Tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers (lettres, factures, annonces et publications diverses) doivent indiquer la dénomination sociale précédée ou suivie immédiatement des mots « société à responsabilité limitée » ou des initiales « SARL », et de l'énonciation du montant du capital social (art. R. 123-238). La sanction pénale de l'art. L. 241-7 C. com. a été supprimée par la loi pour l'initiative économique. Il n'est cependant pas exigé que l'indication de la forme de la société figure dans la dénomination sociale elle-même, Paris 28 mai 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1233, n° 287, G. Loiseau ; *Rev. sociétés* 1999, p. 872, Y. Guyon ; *Dr. sociétés* 1999, n° 176, Th. Bonneau ; *JCP E* 2000, p. 798, A. Viandier et J.-J. Caussain. Rappr. Paris 30 sept. 1999, *RJDA* 2000, p. 240, n° 289.

compte de la société en formation, avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulte pour la société. La signature des statuts emporte reprise des engagements par la société, après immatriculation (art. R. 210-5, al. 2). En outre, les associés peuvent, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux ou au gérant non associé qui a été désigné, de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que les modalités en soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société emportera reprise automatique de ces engagements par la SARL (art. R. 210-5) ¹.

- 183 Publicité** ◇ Après signature des statuts, il doit être procédé aux formalités de publicité classiques (v. *supra*, n^{os} 60 s.) : insertion dans un journal d'annonces légales afin d'informer le public au niveau local ; dépôt au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social de deux exemplaires des statuts ; immatriculation de la SARL au registre du commerce et des sociétés ; publicité au BODACC, de portée nationale, par le greffier.

En ce qui concerne les opérations des SARL intervenues avant le seizième jour de la publication au BODACC des actes et indications soumis à cette publicité, ceux-ci ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance (cf. art. L. 210-5, al. 1 et 2 nouv.).

- 184 Irrégularités de constitution** ◇ Les sanctions des irrégularités de constitution sont les mêmes que pour les sociétés anonymes (v. *supra*, n^{os} 67 s.) ². On sait qu'en pratique, elles ne jouent qu'exceptionnellement. Ce sont les premiers gérants et les associés à qui la nullité de la société est imputable qui seraient solidairement responsables, envers les autres associés et les tiers, du dommage résultant de l'annulation (art. L. 223-10).

SECTION 2. L'ORGANISATION DE LA SARL

La loi de 1966 a précisé les obligations des *gérants* en calquant leurs responsabilités sur celles des dirigeants des sociétés anonymes. Le rôle des *associés* a été accru : ils peuvent désormais mieux contrôler les activités de la gérance, étant aidés dans les SARL les plus importantes, par l'intervention obligatoire d'un commissaire aux comptes.

1. Paris 11 juill. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 1138, n^o 344, G. Lesguillier ; Com. 20 juin 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 716, n^o 259, P. Le Cannu.

2. M. Galimard, *Les sanctions des irrégularités de constitution des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes*, *Gaz. Pal.* 1977, I, doct. p. 254. Cf. Com. 20 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n^o 199, p. 133 (pas de nullité en cas de défaut de consentement d'un seul associé ; art. L. 360).

§ 1. La gérance

La SARL doit obligatoirement être administrée par un ou plusieurs gérants, dont il convient de préciser le statut (A), les attributions (B) et les éventuelles responsabilités (C).

A. Statut

185 Désignation ◇ Le nombre des gérants est librement fixé par les statuts (art. L. 223-18, al. 1). Le ou les gérants sont choisis parmi les associés ou en dehors d'eux. Ce sont *obligatoirement des personnes physiques*, qui n'ont pas la qualité de commerçant. Cependant ils ne doivent pas être frappés d'une incompatibilité ou d'une interdiction de gérer (cf. art. 131-6 et 131-27 C. pén.¹ et en cas de procédure collective, cf. art. L. 653-2 et 653-8).

Si la SARL a pour objet l'exercice d'une profession réglementée, les gérants doivent personnellement remplir certaines conditions. C'est ainsi que lorsque la société exploite un cabinet d'experts-comptables, les gérants doivent être eux-mêmes experts-comptables (art. 7 ord. 19 septembre 1945 modif. par L. 8 août 1994).

Aucun texte légal ne prévoit de limite d'âge pour les fonctions de gérant de SARL, à la différence de ce qui existe pour les dirigeants de société anonyme (v. *infra*, n° 377 et n° 418). Mais cette condition pourrait fort bien résulter des statuts.

Les gérants sont désignés par les associés², dans les statuts ou par un acte postérieur (art. L. 223-18, al. 2). En ce cas, le ou les associés qui les désignent doivent représenter plus de la moitié des parts sociales (art. L. 223-29, al. 1)³. Les statuts pourraient imposer une majorité plus élevée⁴ mais des difficultés pourraient alors surgir dans la mesure où, par la suite, se dégagerait une majorité simple pour révoquer le gérant (*infra*, n° 188), mais pas une majorité renforcée pour en désigner un nouveau.

Une fois que le ou les gérants ont accepté leurs fonctions, tacitement ou expressément, des mesures de publicité doivent être accomplies, en par-

1. Cf. *Mémento F. Lefebvre, Sociétés commerciales*, n° 2025 s. ; N. Redon, *L'interdiction commerciale et industrielle ou la disparition des peines automatiques*, D. 2009, p. 1226 ; X. Delpech, D. 2008, p. 2132. Un *avocat* ne peut être gérant sauf si la société a pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels, Civ. 1^{re}, 14 mai 2009, *BRDA* n° 12-2009, p. 3.

2. Sur la nullité pour abus de majorité d'une résolution organisant par avance la désignation des gérants (SCI), Paris 27 févr. 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 79, Th. Bonneau.

3. Si cette majorité n'est pas atteinte, une seconde consultation peut être organisée, sauf stipulation contraire des statuts. La décision est alors prise à la majorité des votes émis, quel que soit le nombre des votants (art. L. 223-18, al. 2).

4. Lyon, 9 déc. 1971, *Gaz. Pal.* 1972, I, 393. R.M. JO déb. AN 1969, p. 1891 ; *RTD com.* 1969, p. 996, n° 4, observ. Cl. Champaud.

ticulier au registre du commerce et des sociétés ¹. Selon le droit commun, il y a alors purge des vices qui pourraient entacher la désignation (art. L. 210-9).

186 Cumul avec un contrat de travail ² ◇ À la différence de la stricte réglementation concernant les contrats de travail des administrateurs de société anonyme (v. *infra*, n° 389) aucun texte n'interdit à un gérant de SARL de devenir salarié de la société, ni *a fortiori* à un salarié d'accéder à la gérance. Cependant, la jurisprudence n'admet ce cumul que sous certaines conditions :

1) le contrat de travail du gérant ne doit pas être fictif. Il doit correspondre à un emploi effectif et ne pas avoir été conclu pour tourner les règles relatives à la révocation (*infra*, n°s 188, 189) ;

2) il doit y avoir une nette distinction entre la gérance (direction générale de la société) et les fonctions techniques qui résultent du contrat de travail ³. Cette dualité est quelquefois plus facilement admise si le gérant salarié bénéficie de deux rémunérations distinctes ⁴ ;

3) l'intéressé doit être placé dans un état de subordination à l'égard de la société ⁵. C'est pourquoi le cumul n'est pas permis pour le gérant associé majoritaire ⁶. Mais le seul critère du nombre de parts sociales détenu est insuffisant ; l'état de subordination doit être apprécié en fonction de l'ensemble des circonstances propres à chaque espèce ⁷ ;

1. Un non gérant ne peut pas être inscrit au RCS comme dirigeant de la SARL, Paris 26 mars 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 54, J. Monnet. Lors de la cessation des fonctions du gérant, il y a lieu également à publicité, Versailles 22 févr. 2001, *RJDA* 201, p. 1015, n° 1215 (désignation d'un mandataire chargé d'accomplir les formalités, art. 20 al. 2 D. 3 juill. 1978). *Rapp. Com.* 16 janv. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 885, n° 191, J. M. Bahans (droit du tiers d'invoquer un changement de dirigeant non régulièrement publié).

2. Un associé majoritaire, non gérant, peut être salarié de la société s'il peut démontrer le lien de subordination, Soc. 15 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1236, n° 337, P. Le Cannu ;. Pour un associé égalitaire, Soc. 18 avril 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 873, n° 185, G. Auzéro et pour un minoritaire, Soc. 3 févr. 1994, *RJDA* 1994, p. 411, n° 525.

3. Soc. 16 mai 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 407, 2^e esp. (mètreur devenu gérant) ; Soc. 1^{er} déc. 1993, *RJDA* 1994, p. 144, n° 160 ; Nancy 10 févr. 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 170, D. Vidal ; Versailles 8 mars 1993, *RTD com.* 1993, p. 668, Cl. Champaud et D. Danet.

4. Soc. 14 mai 1998, *JCP E* 1999, p. 284, C. Puigelier ; Soc. 2 juin 1988, *JCP E* 1989, II, 15517, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 18 juin 1987, *JCP E* 1988, II, 15168, n° 16, A. Viandier et J.-J. Caussain (séparation purement artificielle entre la gérance et la direction technique dans une entreprise de dimension modeste).

5. Sur le cas d'un gérant démissionnaire qui est immédiatement embauché comme directeur commercial, Soc. 12 juill. 2007, *BRDA* n° 21-2007, p. 4.

6. Soc. 8 oct. 1980, D. 1981, p. 257, Y. Reinhard. Pour un associé égalitaire, cf. Paris 27 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 344, n° 118, P.L.C. ; comp. Paris 20 oct. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 89, n° 17, P.L.C. ; *Dr. sociétés* mai 1990, n° 125, M. Marteau-Petit.

7. Cf. par ex. Soc. 17 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 347, n° 120, P. Le Cannu (absence de subordination du gérant, fils de l'associé majoritaire et détenteur du monopole des connaissances techniques) ; Soc. 11 juill. 1995, *RJDA* 1995, p. 867, n° 1096 (monopole des connaissances techniques) ; Soc. 17 juin 1992, *RTD com.* 1993, p. 104, Cl. Champaud et D. Danet ; Soc. 24 nov. 1992, *RTD com.* 1993, p. 530, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris 16 juin 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 717, Y.G. ; Paris 31 mai 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 824, Y.G. Sur le lien de subordination au

4) enfin, si le contrat de travail est consenti pendant la gérance de l'intéressé, il est soumis à la procédure de contrôle des conventions visées à l'article L. 223-19 (*infra*, n° 217).

Lorsque ces différentes conditions sont remplies, le gérant a la double qualité de mandataire social et de salarié¹. Le cumul pourrait paraître présenter moins d'intérêt pour le gérant que pour l'administrateur dans la mesure où il n'est pas, lui, révocable *ad nutum* (*infra*, n° 188). Cependant, en pratique, il n'en est rien : le gérant ne bénéficie en effet du régime de l'assurance chômage que s'il est lié à la SARL par un contrat de travail. Voilà pourquoi les Assedic et l'AGS sont particulièrement soupçonneuses à l'égard des cumuls² et sont à l'origine d'une abondante jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation.

Si les conditions du cumul ne sont pas remplies, par exemple lorsqu'un salarié devient gérant et n'est plus placé sous un lien de subordination, **son contrat de travail est automatiquement suspendu**, sauf convention contraire. Il reprendra cependant son cours à la cessation du mandat social³.

187 Cessation des fonctions⁴ ◇ L'arrivée du terme fixé est la cause normale de fin des fonctions⁵. En l'absence de dispositions statutaires, le gérant est nommé pour la durée de la société (art. L. 223-18, al. 3). Les fonctions de gérant se terminent également lorsque survient un événement personnel l'empêchant d'exercer ses fonctions (décès, incapacité, faillite personnelle, interdiction de gérer). Ces événements n'entraînent pas la dissolution de la SARL. Il convient simplement de procéder à la nomination

sein d'un groupe, cf. Paris 19 sept. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1048, n° 341 ; Versailles 14 mars 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 629, n° 222 ; Paris 16 juin 1993, *RTD com.* 1994, p. 64, Cl. Champaud et D. Danet ; Versailles 12 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 772, n° 266, P.L.C. (subordination appréciée en fonction de la révocabilité).

1. Cf. note F. Mansuy in *Bull. Joly* 1996, p. 690.

2. Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 1994, p. 296. V. pour un cumul frauduleux des qualités de gérant de fait et de salarié, constitutif du délit d'escroquerie, Crim. 12 déc. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 252, n° 80, Y. Streiff.

3. Sur le principe, cf. par ex. Soc. 11 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 882, n° 318, B. Petit (applicable au gérant de SARL).

4. Sur l'obligation de loyauté envers la société du gérant qui cesse ses fonctions, Com. 7 juin 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 275, R. Vatinet ; *Bull. Joly* 1994, p. 1232, n° 336, B. Saintourens (condamnation pour concurrence déloyale) ; Com. 12 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 157, n° 52, J. Cl. Hallouin (inopposabilité d'une clause statutaire de non concurrence à un gérant non associé). La cessation des fonctions du gérant d'une société cautionnée n'emporte pas, à elle seule, libération de la caution, Com. 28 mai 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1042, n° 227, G. Baranger ; *Dr. sociétés* 2002, n° 207, Th. Bonneau.

5. Le gérant n'a pas au terme de ses fonctions de droit au renouvellement. Son non renouvellement ne peut pas être considéré comme une révocation, Com. 8 mars 2005, *Dr. sociétés* 2005, n° 92, J. Monnet. Mais si le non renouvellement intervient dans des conditions humiliantes ou vexatoires, des dommages-intérêts peuvent lui être alloués, Com. 17 déc. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 307, n° 64, P. Le Cannu ; D. 2003, p. 206, A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2003, p. 493, J. F. Barbiéri.

d'un nouveau gérant dans les meilleurs délais ¹ et d'accomplir les mesures de publicité ².

Bien que la question n'ait pas été envisagée par la loi ³, il ne fait pas de doute qu'un gérant peut démissionner sans avoir à justifier d'un motif légitime ⁴. Cependant, si cette démission intervenait de mauvaise foi ou à contretemps, on admet qu'elle pourrait entraîner une condamnation à des dommages-intérêts ⁵. En pratique, il arrive que l'associé principal fasse signer au gérant qui entre en fonction une lettre de démission non datée, ce qui lui permet de se séparer du gérant qui a cessé de plaire, sans le révoquer. La validité de ce procédé de la **démission en blanc** ne peut être admise dans la mesure où il permettrait de faire échec aux règles légales prévoyant que la révocation décidée sans juste motif peut donner lieu à dommages-intérêts ⁶. Il en va de même d'une démission donnée sous la contrainte des coassociés, qui doit être considérée comme une révocation ⁷. C'est l'article L. 223-25 qui prévoit que le gérant, statutaire ou non, associé ou non, peut être révoqué par les associés ou par voie judiciaire ⁸.

188 **Révocation par les associés** ⁹ ◇ Les associés prenant la décision de révocation doivent représenter plus de la moitié des parts sociales ¹⁰. Mais,

1. Si le gérant unique décède, le commissaire aux comptes ou tout associé peut convoquer l'assemblée des associés à seule fin de procéder au remplacement du gérant (art. L. 223-27 al. 5). Cette possibilité, introduite par l'ordonnance du 25 mars 2004, évite d'avoir à demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée. Le délai de convocation est réduit à huit jours (art. R. 223-20, al. 1^{er}).

2. En cas de cessation des fonctions du gérant pour quelque cause que ce soit, la mention de son nom dans les statuts peut être supprimée par décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales (art. L. 223-18 al. 2), alors que la plupart des modifications statutaires nécessitent la majorité des trois quarts (*infra*, n° 216).

3. H. Souleau, *La démission des gérants des sociétés commerciales*, RTD com. 1972, 21 ; D. Martin, *La démission des organes de gestion des sociétés commerciales*, Rev. sociétés 1973, 273.

4. La démission s'analyse en un acte juridique unilatéral qui n'a pas à être accepté par les associés et qui ne peut pas faire l'objet d'une rétractation, Com. 22 févr. 2005, *Dr. sociétés* 2005, n° 93, J. Monnet ; Bull. Joly 2005, p. 862, n° 194, B. Saintourens. V. égal. Com. 23 mai 1995, Bull. Joly 1995, p. 879, n° 315, P. Le Cannu (art. 66 D. 30 mai 1984 devenu art. L. 123-9 C. com. ; opposabilité d'une démission non publiée) ; Com. 16 janv. 2001, Bull. Joly 2001, p. 491, n° 121, B. Saintourens ; DA 2001, p. 545, A. Lienhard.

5. Aix-en-Provence 1^{er} mars 1990, JCP E 1991, I, 87, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 12 mai 1993, Rev. sociétés 1993, p. 662, Y. Guyon.

6. Com. 5 janv. 1973, D. 1973, p. 581, J. Guyénot ; JCP 1973, II, 17407, J. Rousseau ; Rev. sociétés 1973, 495, J. Hémard.

7. Com. 30 mai 1980, Rev. sociétés 1980, 734, Ph. Merle ; comp. Paris 19 oct. 1993, Bull. Joly 1993, p. 1258, n° 378, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1994, p. 111, Y. Guyon ; Versailles 23 sept. 1999, RTD com. 2000, p. 126, Cl. Champaud et D. Danet.

8. J.-L. Aubert, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, RTD com. 1968, 977.

9. B. Saintourens, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, Bull. Joly 2005, p. 667, n° 152.

10. Cette formulation permet de tenir compte des associés ayant réalisé des apports en industrie (*supra*, n° 181).

depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, les statuts peuvent prévoir une majorité plus élevée, ce qui confère une stabilité plus forte à la gérance (art. L. 223-25, al. 1^{er})¹.

Lorsque la révocation n'a pas pu être décidée sur première convocation, il peut désormais être organisé une deuxième consultation des associés statuant à la majorité des votes émis. Les statuts peuvent toutefois exclure cette deuxième consultation (art. L. 223-29, al. 2 sur renvoi de L. 223-25, al. 1^{er})².

La question de savoir si la révocation du gérant peut être discutée sans être inscrite à l'ordre du jour est délicate, faute d'une précision analogue à celle de l'article L. 225-105, al. 3 concernant les dirigeants de société anonyme³. Cependant les arrêts admettent que la révocation puisse être discutée dès lors que figure, par exemple, une mention relative à la gestion de la société⁴ ou que survient un incident de séance⁵. La révocation prend effet dès la décision des associés ; elle ne peut pas être rétroactive⁶.

Si le gérant estime que sa révocation a été décidée sans **juste motif**, il peut demander en justice des dommages-intérêts⁷. Cette garantie offerte par l'article L. 223-25, al. 1 au gérant⁸, est un avantage très important par rapport à la situation de l'administrateur de société anonyme, révocable *ad nutum*. Bien entendu, cette notion de « juste motif » donne lieu à un

1. La clause statutaire prévoyant l'unanimité doit être annulée, Paris 10 oct. 2006, *BRDA* n° 23-2006, p. 2.

2. Sur la nullité d'une convention conférant certains avantages au gérant en cas de révocation, et de nature à faire échec aux dispositions de l'article L. 223-25 ancien C. com., cf. Com. 2 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 501, n° 220, P. Le Cannu ; Com. 6 déc. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 311, P. Le Cannu.

3. Voir Ph. Merle sous Com. 28 févr. 1977, *RJ com.* 1978, p. 294 ; Com. 29 juin 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 63, F. Pasqualini ; Paris 24 sept. 1981, *Rev. sociétés* 1982, 283, P. Le Cannu ; Paris 12 févr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 410, n° 134, P. Le Cannu ; *JCP E* 1991, I, 61, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain ; D. 1992, somm. 181, J. Cl. Bousquet et G. Bugéja ; Versailles 7 janv. 1992 ; *Bull. Joly* 1992, p. 553, n° 178, B. Saintourens ; Versailles 20 févr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 658, n° 215, P. Le Cannu.

4. Paris 10 janv. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 597, n° 125, G. Baranger (« décision à prendre pour la bonne marche de l'entreprise »).

5. Versailles 13 nov. 2007, *BRDA* n° 3 -2008, p. 4 ; cf. égal. *infra*, n° 212 et n° 386 (jurisprudence sur les « incidents de séance »).

6. Com. 8 mars 1983, *Bull. civ.* IV, n° 100, p. 85, D. 1984, IR, 395, J. Cl. Bousquet, V. Sélinsky.

7. Com. 13 mars 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 78, Th. Bonneau ; D. 2001, p. 1175, A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2001, n° 101, F.X. Lucas ; *Bull. Joly* 2001, p. 891, n° 192, C. Prieto ; *Rev. sociétés* 2001, p. 818, B. Dondero ; *RTD com.* 2001, Cl. Champaud et D. Danet (condamnation pour faute personnelle — art. 1382 C. civ. — des associés ayant décidé une révocation abusive, lors d'une assemblée irrégulière) ; *adde* M. P. Lamour, *La responsabilité personnelle des associés*, D. 2003, Chr. p. 51. V. cependant sur renvoi, Paris 13 nov. 2002, *BRDA* 4-2003, p. 3 ; Com. 1^{er} févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 413, n° 123, R. Baillod ; *Rev. sociétés* 1995, p. 281, Y. Chartier ; *JCP E* 1994, I, 363, n° 7, A. Viandier et J.-J. Caussain (absence de juste motif et abus de droit) ; Com. 22 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 182, n° 41, G. Baranger (perte du chiffre d'affaires non fautive).

8. Sur la possibilité pour les statuts d'exclure l'octroi de dommages et intérêts en cas de révocation non motivée, Civ. 3^e, 6 janv. 1999, *RJDA* 1999, n° 950, p. 756 ; *RTD com.* 1999, p. 451, M. H. Monsérié-Bon ; *Dr. sociétés* 1999, n° 34, Th. Bonneau ; *JCP E* 1999, p. 669, A. Viandier et J.-J. Caussain (solution donnée à propos d'une société civile, mais transposable à la SARL).

abondant contentieux¹. Les fautes commises par le gérant constituent incontestablement un juste motif de révocation, dès lors qu'elles présentent une certaine gravité (violation de la loi², des statuts³, faute de gestion⁴...). Mais la jurisprudence admet également, qu'en dehors de toute faute, il y a juste motif de révocation dès lors que la mésentente compromet l'intérêt social ou le fonctionnement de la société⁵. En outre, le principe du contradictoire doit être respecté à l'égard du gérant menacé de révocation⁶, mais celui-ci ne peut pas exiger la présence de son avocat⁷.

La *perte de confiance* des associés à l'égard du gérant ne constitue pas un juste motif de révocation si aucune faute de gestion ne peut être relevée à son encontre ou si son attitude n'est pas de nature à compromettre l'intérêt social ou le bon fonctionnement de la société⁸.

Si la décision de révocation a été prise dans des **conditions abusives**, par exemple si elle est intervenue dans des conditions brutales, vexatoires, de nature à porter atteinte à l'honorabilité de l'intéressé, des dommages-intérêts peuvent lui être accordés⁹.

1. R. Baillod, *Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux*, RTD com. 1983, 395.

2. Paris 30 oct. 2007, BRDA n° 1-2008, p. 3 (cogérant d'une agence immobilière ne détenant pas de carte professionnelle).

3. Com. 29 mai 1990, Bull. Joly 1990, p. 795, n° 240 ; Paris 8 nov. 1991, RJDA 1992, n° 167 (défaut de convocation de l'assemblée, emploi « au noir ») ; Bordeaux 21 janv. 1988, Rev. dr. bancaire 1988, p. 201, M. Jeantin et A. Viandier (violation d'une clause limitative de pouvoirs) ; Versailles 26 févr. 1998, RTD com. 1998, p. 367, Cl. Champaud et D. Danet (divorce).

4. Com. 21 oct. 1997, Bull. Joly 1998, p. 27, n° 6, B. Saintourens (concurrence déloyale) ; Agen 9 nov. 1989, Bull. Joly 1990, p. 198, n° 53 ; JCP E 1990, 15 838, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain (incapacité notoire) ; Paris 7 juill. 1995, JCP E 1996, I, 541, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain (dépenses injustifiées) ; Paris 2 oct. 1997, Rev. sociétés 1998, p. 160, Y. Guyon (incompétence) ; Paris 4 févr. 2000, Bull. Joly 2000, p. 817, n° 196 (opération exceptionnelle conclue sans l'accord des associés).

5. Com. 4 mai 1999, Bull. Joly 1999, p. 914, n° 215, P. Le Cannu ; JCP E 1999, p. 1237, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Dr. sociétés 1999, n° 126, Th. Bonneau ; Paris 5 nov. 1999, BRDA 2-2000, p. 5 (mésentente entre cogérants) ; Paris 13 nov. 2002, Dr. sociétés 2003, n° 109, J. Monnet ; Versailles 11 mai 2000, RTD com. 2000, p. 951, Cl. Champaud et D. Danet (appréciation de l'intérêt social au niveau du groupe) ; Versailles 3 mars 2005, Dr. sociétés 2005, 137, J. Monnet (il peut y avoir en même temps juste motif de révocation et atteinte à l'honorabilité).

6. Paris 2 oct. 1997, Bull. Joly 1998, p. 131, n° 48, P. Le Cannu ; Rouen 16 déc. 2004, Bull. Joly 2005, p. 736, n° 160 (nouveau gérant nommé avant la révocation de l'ancien, violation du contradictoire). Pour une critique de l'extension du principe du contradictoire, cf. Cl. Champaud et D. Danet in RTD com. 1998, p. 872, sous Paris 7 mai 1998. Comp. M.H. de Laender, *La révocation des dirigeants sociaux*, Dr. sociétés, mai 2000, n° 4. Sur les difficultés suscitées par une clause de non-concurrence négociée à l'occasion de la révocation du gérant, Com. 21 sept. 2004, Bull. Joly 2004, p. 1494, n° 297, Th. Favario.

7. Com. 10 mai 2006, Bull. Joly 2006, p. 1154, n° 239, J. J. Daigre ; RTD com. 2007, p. 145, Cl. Champaud et D. Danet (l'assemblée n'est en effet pas un organisme juridictionnel ou disciplinaire).

8. Com. 4 mai 1993, Rev. sociétés 1993, p. 800, P. Didier ; Bull. Joly 1993, p. 769, n° 224, R. Baillod ; Paris 26 janv. 1987, JCP E 1988, II, 15168, n° 17, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 8 nov. 1991, Dr. sociétés 1992, n° 60, H. Le Nabasque ; Rev. sociétés 1992, p. 123, Y.G. ; RTD com. 1992, p. 395, n° 12, Cl. Champaud et D. Danet.

9. Paris 10 oct. 2006, Rev. sociétés 2007, 185, I. Urbain-Parléani ; RTD com. 2007, p. 162, Cl. Champaud et D. Danet (révocation pour juste motif mais brutale) ; Com. 22 nov. 2005 (2

189 Révocation judiciaire ◇ La révocation par décision de justice permet d'éviter l'inamovibilité du gérant majoritaire ou soutenu par la majorité. Tout associé, même s'il ne détient qu'une part, peut présenter une demande devant la juridiction commerciale ¹ dès lors qu'il la fonde sur une « cause légitime » (art. L. 223-25, al. 2). Les arrêts ne font pas de différence entre la cause légitime et le juste motif ².

190 Condition juridique du gérant ◇ Le gérant n'a pas la qualité de commerçant ³. Il représente la SARL vis-à-vis des tiers, conclut des actes juridiques, agit en justice ⁴ en son nom et pour son compte. Il ne s'engage pas personnellement envers les tiers avec lesquels il contracte. Cependant, bien que non commerçant, dès lors que la SARL est mise en redressement ou en liquidation judiciaire, le gérant est amené à subir dans sa personne les conséquences de la procédure collective appliquée à la société (v. *infra*, n° 200).

Le gérant est un organe de la société. Il n'est pas lié à la SARL par un contrat de travail ⁵. Concernant sa **rémunération**, rien n'est prévu par la loi ou le décret ⁶. Ce sont les statuts, ou mieux une décision collective des associés ⁷

esp.) ; *Rev. sociétés* 2006, 526, L. Godon (sur la faute personnelle des associés, refusée dans un cas, admise dans l'autre).

1. En cas d'urgence, le président du tribunal de commerce du lieu du siège social, statuant en référé, peut prononcer la révocation, T. com. Paris (ord. réf.), 18 juin 1974, *Bull. Joly* 1974, p. 596, n° 322 ; Paris 26 mai 2000, *JCP E* 2000, p. 1359 (nécessité de mettre en cause la société et tous les associés).

2. Paris 25 avr. 2000, *JCP E* 2000, p. 1808, A. Viandier, J.-J. Caussain (défaut de réunion de l'assemblée) ; Paris 24 oct. 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 44, J. Monnet (transgression d'instructions relatives au maniement de fonds) ; Versailles 4 mars 2004, *BRDA* n° 10 – 2004 (gérant d'une boulangerie abusant de l'alcool et du tabac, embauchant son épouse pour un salaire exorbitant) ; Com. 10 juill. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1337, n° 351, B. Saintourens (opérations sur compte-courant, absence de juste motif) ; *id.* pour une mésentente entre associés, Versailles 18 sept. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 105, n° 25, B. Saintourens.

3. Sur les conséquences quant aux modalités de preuve du cautionnement donné par le gérant (art. 1326 C. civ.), Com. 21 juin 1988, *JCP* 1989, II, 21170, Ph. Délebecque ; *RTD com.* 1989, p. 254, n° 3, Y. Reinhard.

4. Com. 21 janv. 1997, *JCP E* 1997, II, 965, J.-J. Daigre ; D. 1998, p. 64, I. Krimmer (action en nullité du gérant non associé pour abus de majorité).

5. F. Collin, *Le droit social du dirigeant d'entreprise ; la problématique du contrat de travail du dirigeant social*, *Dr. sociétés*, juin 2005, p. 7 ; juill. 2005, p. 7. Com. 21 avr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 661, n° 216, P. Le Cannu ; *JCP E* 1992, II, 348, B. Petit ; *RTD com.* 1993, p. 109, Cl. Champaud et D. Danet (rémunération du gérant dessaisi de ses tâches par la désignation d'un administrateur provisoire). Sur la possibilité de conclure un contrat de travail avec la société, cf. *supra*, n° 186.

6. Com. 21 avr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 661, n° 216 P. Le Cannu.

7. En ce cas, une décision collective doit être sollicitée avant de saisir le juge, Com. 14 nov. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 369, n° 84, A. Lecourt ; D. 2006, p. 2914, A. Lienhard ; Colmar 13 nov. 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 85, J. Monnet (statuts prévoyant une majorité renforcée pour la fixation de la rémunération du gérant majoritaire) ; Versailles 31 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 184, n° 42, A. Constantin (suppression de la rémunération par l'assemblée). Le gérant qui fixerait seul sa rémunération pourrait être poursuivi pour abus de biens sociaux, Paris 27 févr. 1990, *Dr. sociétés* 1991, n° 22, J.H. Robert. Sur la réintégration fiscale d'une rémunération ayant un caractère

qui déterminent sa rémunération. Elle comprend généralement un fixe et une part proportionnelle aux bénéfices ou au chiffre d'affaires ¹.

Lorsque le gérant est associé, la question se pose de savoir s'il peut prendre part au vote sur la fixation de sa rémunération. Si l'on considère que la rémunération a un caractère conventionnel, en application de l'article L. 223-19 (v. *infra*, n° 218), le gérant est exclu du vote, sauf à considérer qu'il s'agit d'une opération courante ². En revanche, si l'on admet qu'elle a un caractère institutionnel ³ (conséquence de la nature de ses fonctions) aucun texte ne peut lui interdire de participer au vote. Cependant la prudence (et la délicatesse) commande(nt) de l'écarter du suffrage ⁴.

191 Statut fiscal des gérants ⁵ ◇ Le statut des gérants de SARL soumise au régime fiscal des sociétés de capitaux a été longtemps marqué par une profonde différence, selon que les dirigeants étaient majoritaires ou minoritaires. Seul le statut de gérant minoritaire était intéressant.

Un alignement a été opéré entre les régimes fiscaux de ces deux catégories de gérants. En effet, les rémunérations allouées aux gérants minoritaires (ou égalitaires) entrent dans la catégorie des traitements et salaires et, à ce titre, bénéficient notamment de la déduction de 10 % pour frais professionnels ⁶.

excessif, CAA Lyon 22 janv. 1997, JCP E 1997, II, 1011, concl. A. Bonnet ; CAA Paris 11 juin 1998, JCP E 1999, p. 88, D.F.

1. Sur les problèmes posés par le retard du gérant à percevoir sa rémunération, cf. Com. 17 janv. 1989, JCP E 1989, II, 15517, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 18 nov. 1987, Bull. Joly 1987, p. 981, n° 391.

2. En ce sens, Paris 25 janv. 2007, D. 2008, p. 386, J. Cl. Hallouin et E. Lamazerolles.

3. En ce sens, Com. 30 mai 1989, JCP 1990, II, 21405, M. Marteau-Petit ; Bull. Joly 1989, p. 715, n° 258, P. Le Cannu ; JCP E 1989, II, 15562, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 6 déc. 2007, Rev. sociétés 2008, p. 194, I. Urbain-Parléani.

4. Le cas échéant, la décision pourrait être annulée pour abus de majorité. Chambéry 27 nov. 2001, Dr. sociétés 2002, n° 219, J. Monnet (non application de l'art. L. 223-19). Certains gérants, trouvant leur rémunération fixée en assemblée générale insuffisante, ont tenté de la faire augmenter par voie judiciaire, mais il a été jugé que la décision d'une assemblée fixant, conformément aux dispositions statutaires, la rémunération due aux gérants, ne saurait être modifiée par décision judiciaire, dès lors qu'il n'est pas établi que la décision des associés était irrégulière ou abusive, Com. 31 mars 2009, D. 2009, p. 1242, R. Salomon ; Bull. Joly 2009, p. 660, n° 131, P. Le Cannu (refusant de reconnaître un abus d'égalité). Voyez cependant Versailles 27 oct. 1988, Bull. Joly 1989, p. 85, n° 20, recourant à un expert afin de pouvoir déterminer la rémunération du gérant.

5. V. *infra* n° 390 (bibliographie commune). Sur la situation du gérant « pacé », R.M. JO AN 9 avr. 2001, p. 2106 ; Bull. Joly 2001, p. 535, n° 141 ; F. Douet, *Les conséquences fiscales de la conclusion d'un PACS par le gérant d'une SARL*, Petites Affiches 2001, n° 207, p. 4.

6. Plafonnée pour les revenus de 2008 à 13 893 € (art. 83 3°, alinéa 2, CGI). Sur le statut fiscal et social du gérant minoritaire de SARL, R.M. JO AN 13 mars 2000, p. 1624 ; Bull. Joly 2000, p. 458, n° 95. Sur le régime fiscal applicable aux indemnités versées à l'occasion de la cessation de leurs fonctions à des gérants minoritaires, *infra* n° 420. Sur la déductibilité par les salariés et assimilés (dirigeants) des intérêts d'emprunts souscrits pour l'acquisition de parts sociales, *infra* n° 534.

Lorsque le gérant de la SARL s'est porté caution à titre personnel, la question se pose de savoir s'il peut déduire de son revenu imposable les dépenses qu'il a engagées en exécution de son engagement. S. Nonorgue, *La situation fiscale du dirigeant, caution de la société*, Dr. fisc. 2003, n° 25, p. 827. La jurisprudence n'autorise une telle déduction qu'à des conditions strictes. L'idée générale

Quant aux rémunérations allouées aux gérants majoritaires, elles sont soumises à l'impôt sur le revenu suivant les modalités prévues par l'article 62 du CGI ¹. Mais, et c'est en cela que le régime fiscal des gérants majoritaires ne se distingue plus guère de celui des gérants minoritaires ou égalitaires, elles bénéficient également de la déduction de 10 % ².

Ces rémunérations doivent correspondre à un travail effectif et ne pas être excessives eu égard à l'importance du service rendu, faute de quoi la partie excessive cesserait d'être déductible chez la société (art. 39-1-1^o CGI) ³.

Pour déterminer si un gérant est majoritaire ou non, le droit fiscal prend en compte les parts dont le gérant est titulaire en pleine propriété, en usufruit ou en indivision, celles détenues par l'intermédiaire d'une société qu'il contrôle ainsi que celles détenues par son conjoint (quel que soit le régime matrimonial des époux) et par ses enfants mineurs non émancipés (art. 211 CGI).

est que l'engagement de caution doit avoir été souscrit par le gérant en vue de l'acquisition ou de la conservation de ses revenus professionnels (CE 26 janv. 2000, *Loubère*, RJF 3/00, n° 360). D'une part, l'engagement de caution doit se rattacher directement à la qualité de dirigeant du gérant (CE 28 avr. 1993, *Dr. fisc.* 1993, n° 39, comm. 1782) ; la déduction est donc refusée dans le cas où l'engagement est souscrit alors que le dirigeant est déjà en retraite (CE 20 févr. 2008, *Patrick Clor*, RJF 5/08, n° 560) ; sur la déductibilité des versements effectués par le conjoint du dirigeant, CE 18 déc. 2008, *Belmonte*, RJF 3/09, n° 190 et 27 mars 2009, *Joliot*, RJF 6/09, n° 536. D'autre part, cet engagement de caution doit avoir été pris en vue de servir les intérêts de l'entreprise (CE 20 mars 1996, *Dr. fisc.* 1996, n° 28, comm. 903). Il ne doit pas être hors de proportion avec les rémunérations versées au dirigeant à la date de l'engagement ou celles espérées à court terme, condition considérée comme remplie si le montant de l'engagement n'excède pas le triple de la rémunération annuelle (en cas d'engagements successifs, ce seuil doit être apprécié par référence au montant total des divers engagements pris : CAA Paris 15 mars 2001, *Mony*, RJF 8-9/01, n° 1071). Enfin, l'intéressé doit justifier de ce que la société n'était pas en mesure de se porter elle-même caution et que ses activités pouvaient être mises en péril par une éventuelle défaillance de celle-ci (CE 4 août 2006, *Estager*, RJF 11/06, n° 1355). En cas de dépassement, la déduction est limitée à due concurrence, CE, plén., 6 janv. 1993, *Dr. fisc.* 1994, n° 28, comm. 1355 et 1356 ; RJF 3/93, n°s 355 et 356. En conséquence, si le gérant ne percevait aucune rémunération à la date où il souscrit l'engagement et n'a pas la perspective d'en recevoir dans un avenir proche, les sommes par lui versées à ce titre ne sont pas déductibles de son revenu imposable (CE 26 janv. 2000, *Loubère*, préc.) ; cep. CAA Lyon 14 juin 2007, *Valdehouse*, RJF 12/07, n° 1434 (la société bénéficiaire n'allouait aucune rémunération au dirigeant mais versait à celle qui le rémunérait une somme mensuelle représentative de ses fonctions de direction). La déductibilité est refusée aux dirigeants ne percevant pas de rémunération imposable dans la catégorie des traitements et salaires (CAA Lyon 10 oct. 2002, *Collas*, *Dr. fisc.* 2002, n° 48, comm. 940 : simple perte en capital non déductible). Elle est également refusée aux versements effectués spontanément, hors exécution d'obligations juridiques : CE 31 mai 2000, *Bouyer*, *Dr. fisc.* 2001, n° 6, comm. 94. Cette jurisprudence s'applique également aux autres dirigeants sociaux fiscalement assimilés à des salariés (*infra* p. 420).

1. CE 16 janv. 2006, *Burgelin*, *Dr. fisc.* 2007, n° 23, comm. 574 (un agent d'assurances, accessoirement gérant majoritaire de SARL, ne peut opter pour l'imposition en traitements et salaires).

2. Le président, le directeur général et les directeurs généraux-délégués du conseil d'administration sont, pour leur part, assimilés à des salariés, quand bien même ils détiendraient la quasi-totalité des actions de la société (*infra* n° 420).

3. Par exemple, CE 29 déc. 1999, n° 185480, *Sté Agence de Protection et de Sécurité*, RJF 2/00, n° 161. V. *infra* n° 390.

En outre, le droit fiscal traite comme des *gérants de fait* les associés, qui certes juridiquement et statutairement n'ont pas cette qualité, mais qui exercent, *de facto*, les fonctions correspondantes au sein de la société, que ce soit en participant étroitement avec les pouvoirs les plus étendus à la direction de l'affaire ou encore en exerçant un contrôle constant et effectif sur la marche commerciale de la société.

192 Régime « social » des gérants ¹ ◇ Ce régime est lié à la qualité de gérant minoritaire ou majoritaire, laquelle se détermine pratiquement en fonction des mêmes critères qu'en matière fiscale (art. 242-8° CSS).

Seul le gérant minoritaire, égalitaire ou non associé bénéficie de tous les avantages réservés aux assujettis obligatoires à la sécurité sociale (assurances sociales, réparation des accidents du travail, allocations familiales et régime complémentaire de retraite et prévoyance des cadres, art. L. 311-3-11° CSS).

Cependant, le gérant ne peut bénéficier du régime d'assurances chômage que s'il est lié à la SARL par un contrat de travail (*supra*, n° 186).

Si le gérant est majoritaire ², il relève du régime des indépendants.

193 Évolutions ◇ Les gérants majoritaires ont été pendant longtemps dans une situation fiscale et « sociale » peu avantageuse ³. Ils ne pouvaient même pas améliorer leur sort par un contrat de travail avec la société, puisque le lien de subordination fait défaut (*supra*, n° 186). Voilà qui explique en grande partie pourquoi l'entrepreneur individuel qui « passait » en société, adoptait le régime presque toujours inadapté pour lui de la société anonyme, dans lequel en tant que Président-directeur général il était toujours assimilé à un salarié sur le terrain fiscal et de la sécurité sociale, même en détenant seul la quasi-totalité des actions (*supra*, n° 175).

Aujourd'hui la dualité de régime majoritaire/minoritaire est pratiquement abandonnée. Quelques années auparavant, une avancée intéressante avait déjà été opérée par la reconnaissance des « SARL de famille » (art. 239 bis AA CGI). Il est en effet permis à ces sociétés, dès lors qu'elles sont constituées uniquement entre proches parents ⁴ et qu'elles exercent

1. Fiche pratique reprenant les solutions données par l'Urssaf, in *JCP E* 2007, 1754.

2. Soc. 28 janv. 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 144, H. Le Nabasque ; *JCP E* 1993, I, 308, n° 22, G. Vachet (le gérant associé n'est pas minoritaire s'il possède, par société interposée, une majorité de droits sociaux).

3. V. *supra* n° 191.

4. Sont visées les SARL créées entre personnes parentes en ligne directe ou entre frères et sœurs, ainsi que les conjoints (pas entre deux époux et leur gendre, TA Nantes 18 nov. 2003, *Sauvestre*, *RJF* 8-9/04, n° 908) et les partenaires liés par un PACS. Les époux doivent tous deux avoir la qualité d'associé, la seule présomption de propriété des parts d'une société acquise sous le régime de la communauté, conformément à l'art. 1402 C. civ., étant insuffisante à cet égard (CE 29 août 2008, *Joseph Kadouch*, *RJF* 12/08, n° 1353). L'option doit être notifiée au service des impôts auprès duquel doit être souscrite la déclaration de résultats (CAA Lyon 1^{er} juin 2006, *Cellard*, *Dr. fisc.* 2007, n° 6, comm. 168). Le seul dépôt de l'acte concerné au centre de formalités des entreprises ne constitue pas une notification régulière conformément à l'art. 46 terdecies D, Ann. II CGI, CAA

une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole ¹, d'opter, avec l'accord de tous les associés, pour le régime fiscal des sociétés de personnes, au lieu du régime des sociétés de capitaux ².

Comme l'a justement souligné le *rapport Marini*, le choix de la technique sociétaire doit logiquement s'exercer sur la base de données d'ordre économique et ne doit pas être perturbé par des considérations tenant au statut fiscal et social des dirigeants (p. 17). Des rapprochements très importants ont été opérés, notamment quant au taux des droits d'enregistrement applicables aux cessions de titres ³.

B. Attributions

194 Pouvoirs de la gérance ◇ L'article L. 223-18 distingue, suivant un schéma classique, les rapports avec les associés et les rapports avec les tiers ⁴.

195 Rapports avec les associés ◇ Tout dépend des statuts (art. L. 223-18, al. 4), la loi n'a qu'un rôle supplétif.

– *Les statuts peuvent prévoir des limitations* ⁵ : c'est ainsi que pour les contrats particulièrement importants (emprunt, vente des immeubles sociaux, constitution d'hypothèque, nantissement sur le fonds de commerce...), l'autorisation préalable des associés peut être exigée par le pacte social. Le gérant commettrait une faute en ne respectant pas les limitations statutaires et il y aurait là un juste motif de révocation.

Bordeaux 17 juill. 2006, *SARL Rachel*, *RJF* 2/07, n° 174. En revanche, est valable l'envoi à l'administration fiscale d'une lettre de notification demandant le bénéfice de l'option, contenant un extrait du procès-verbal de l'assemblée générale de la société, signé de tous les associés, dans lequel ceux-ci exprimaient leur accord, CE 21 déc. 2006, *Bohbot*, *Dr. fisc.* 2007, n° 50, comm.. 1044. L'option cesse de plein droit dès l'instant qu'un tiers intègre le cercle « familial » : CE 24 nov. 2004, *Marois*, *RJF* 2/05, n° 153 (nouvel entrant simple nu-propriétaire des parts sociales). Sur l'option pour l'IS des sociétés de personnes issues de la transformation d'une SARL de famille depuis moins de 15 ans, RES n° 2009/3 (FE), 27 janv. 2009 (inapplicabilité art. 239 1 b CGI).

1. À l'exclusion des activités libérales, R.M., JO AN 20 déc. 1999, p. 7265. L'option peut être remise en cause s'il s'avère que la société n'a exercé aucune activité économique ni n'a eu l'intention avérée de le faire : CE 16 juill. 2008, *Berland et Sté JMSFB* (2 arrêts), *RJF* 11/08, n° 1210 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 43, comm. 550. En revanche, l'option des SARL de famille est possible en cas d'exercice d'une activité non éligible de manière accessoire et complémentaire, CE 7 août 2008, *Joly*, *RJF* 11/08, n° 1211 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 44-45, comm. 556.

2. V. DA 4 H-1223. *Le régime fiscal optionnel des SARL « de famille »*, *BF Lefebvre* 7/03, dossier PME, p. 505. *supra* n° 13 ; M. Cozian, *Et pourquoi ne pas penser à la SARL de famille ?* *JCP E* 2006, 2423 ; *infra* n° 230.

3. *Supra* n° 4.

4. D. Martin, *Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*, *RTD com.* 1973, 185.

5. Versailles 31 oct. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 108, J. Monnet (majorité des $\frac{1}{3}$;).

– *Les statuts peuvent organiser une gérance collective*¹ : en ce cas, les pouvoirs respectifs des gérants peuvent être précisés, ce qui permet d'opérer une répartition des compétences entre eux². Il est également possible de créer un conseil de gérance qui prendra ses décisions à la majorité, voire à l'unanimité (avec un risque de blocage). Si rien n'est précisé dans le pacte social, chacun des gérants peut agir séparément³, sauf le droit pour les autres de s'opposer à toute opération⁴ avant qu'elle soit conclue (art. L. 223-18, al. 4 et L. 221-4, al. 2), cette opposition permettant de se dégager d'une éventuelle responsabilité.

– *Les statuts sont muets* : le gérant de la SARL peut alors accomplir, comme celui de société en nom collectif (*supra*, n° 139), tous actes de gestion dans l'intérêt de la société (art. L. 223-18, al. 4 et L. 221-4, al. 1). La formule doit s'entendre largement, sous réserve que le gérant n'empiète pas sur les pouvoirs attribués par la loi aux associés.

196 Rapports avec les tiers ◇ En application de la directive communautaire du 9 mars 1968, l'article L. 223-18 organise une protection très efficace des tiers, analogue à celle qui existe en matière de SA. D'une part, « *le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » (al. 5)⁵ sous réserve, évidemment, de ceux que la loi attribue expressément aux associés.

C'est ainsi que lorsque l'objet social d'une SARL est notamment l'exploitation d'un hebdomadaire, dont la dénomination exprime est celle de la société, la cession de cet hebdomadaire implique nécessairement une modification des statuts de la société pour laquelle la loi attribue expressément compétence aux associés. L'opération échappe donc à la compétence du gérant⁶.

1. B. Alibert, *La pluralité des gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, *Rev. sociétés* 1975, 605. V. sur les difficultés qui peuvent surgir entre cogérants, Paris 15 févr. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 53, J. Monnet (droit à l'information).

2. Versailles 31 oct. 2002, *RJDA* 2003, p. 238, n° 269 (majorité nécessaire).

3. Paris 13 juill. 1989, *Rev. sociétés* 1989, 717, Y.G. ; *JCP E* 1990, II, 15784, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain. V. cependant pour l'arrêt des comptes sociaux, *infra*, n° 224-1.

4. Com. 6 juin 1972, *D.* 1973, p. 213, J. Cl. Bousquet ; *Rev. sociétés* 1973, 310, B. Bouloc, a décidé que la convocation d'une assemblée, acte unilatéral, ne peut équivaloir à la conclusion d'une « opération », et peut être décidée malgré l'opposition d'un cogérant.

5. La présomption de pouvoirs du gérant ne dispense pas les tiers d'un minimum de vérification préalable, Com. 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 215, n° 81, P. Le Cannu (contrat portant une autre signature que celle du gérant).

6. Com. 12 janv. 1988, *Rev. sociétés* 1988, 263, Y. Chaput ; *Bull. Joly* 1988, p. 212, n° 53, L. Faugérolas ; Com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1330, n° 374, B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 1995, p. 284, F. et V. Pasqualini ; *Dr. sociétés* 1995, n° 16, D. Vidal ; *RTD com.* 1995, p. 141, Cl. Champaud et D. Danet (nécessaire modification de l'objet social pour pouvoir céder un fonds de commerce) ; Paris 14 mars 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 169, D. Vidal ; Paris 18 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 434, n° 94, B. Saintourens (vente d'un immeuble, seul actif social) ; Paris 21 déc. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 160, J. Monnet (cession d'un bail commercial ne mettant pas fin à l'activité sociale). Rapp. R.M. JO déb. Sénat 7 sept 1989, p. 1482 ; *Bull. Joly* 1989, p. 804, n° 290.

Les clauses statutaires qui limiteraient les pouvoirs du gérant, clauses valables entre associés, seraient inopposables aux tiers (al. 6), peu important qu'ils en aient eu ou non connaissance ¹. D'autre part, la SARL serait engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances ², étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (al. 5 *in fine*). Enfin, en cas de pluralité de gérants, chacun d'eux a tous pouvoirs pour engager seul la société ³, et l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, sauf à prouver que ceux-ci en ont eu connaissance (al. 7).

197 Devoirs des gérants ◇ La loi ne comporte pas de texte général fixant les devoirs du gérant. En application de la théorie de la représentation, le gérant doit agir au mieux des intérêts de la SARL, en apportant toute l'activité et la diligence nécessaires à la réalisation de l'objet social ⁴. Il doit également avoir un comportement loyal tant à l'égard des associés que de la société ⁵.

Quelques textes particuliers édictent certains devoirs précis : c'est ainsi que les gérants doivent établir un rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels et les soumettre à l'assemblée des associés dans les six mois de la clôture de l'exercice (art. L. 223-26, al. 1) ; appliquer les formalités prévues par l'article L. 223-19 lorsqu'ils concluent une convention avec la société ; convoquer les assemblées d'associés, en particulier en cas de pertes réduisant les capitaux propres à moins de la moitié du capital social (art. L. 223-42, al. 1).

Interdiction leur est faite de contracter des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert ou de faire cautionner ou avaliser par elle, leurs engagements envers des tiers (art. L. 223-21, al. 1). De même,

1. Com. 2 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 946, n° 307, P. Le Cannu ; *JCP E* 1992, I, 172, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. Paris 15 juin 1995 *JCP E* 1995, I, 505, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1995, p. 984, n° 354, A. Couret (leçons de pilotage) ; Com. 17 déc. 2003, *JCP E* 2004, 601, n° 10, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2004, n° 64, J. Monnet (conformité à l'intérêt social du cautionnement d'un emprunt souscrit par un associé, alors que l'objet social avait été étendu) ; Com. 8 oct. 2003, *JCP E* 2004, 251, J. P. Garçon ; *Bull. Joly* 2004, p. 217, n° 33, D. Randoux (validité d'une signature unique car la double qualité "à titre personnel" et "gérant" était bien indiquée).

3. Com. 25 juin 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 173, D. Vidal. Les associés qui ont prévu dans les statuts que la signature conjointe des cogérants était requise pour certains actes de gestion importants, n'ont donc aucune garantie : la SARL sera engagée par une signature unique. Ils pourront cependant révoquer le cogérant fautif et se retourner contre lui pour lui réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi... s'il est solvable, Com. 3 déc. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 131, J. Monnet.

4. Rapp. E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés* (droits français et anglais), LGDJ 1998, préf. A. Tunc.

5. Com. 12 févr. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 617, n° 137, B. Saintourens ; *JCP E* 2002, n° 851, A. Viandier et J. J. Caussain et *id.* 1603, J. Monnet ; *Dr. sociétés* 2002, n° 146, Th. Bonneau ; D. 2003, p. 1032, Y. Picod (obligation de loyauté et de fidélité du gérant démissionnaire).

un gérant ne pourrait pas déléguer à un tiers l'intégralité de ses pouvoirs ¹. En revanche, sauf disposition contraire des statuts, il pourrait fort bien déléguer à d'autres personnes, associées ou non, certains de ses pouvoirs (direction financière, direction commerciale...) ².

C. Responsabilités

L'évolution s'est faite dans le sens de l'aggravation de la responsabilité des gérants (*supra*, n° 173). La responsabilité civile de la gérance pourra être particulièrement lourde en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la SARL ; les fautes les plus graves sont sanctionnées pénalement et une responsabilité « fiscale » a même été instaurée depuis 1980.

198 Responsabilité civile des gérants ◇ L'article L. 223-22, al. 1 prévoit que les gérants sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers ³.

En application du droit commun de la responsabilité, sont donc nécessaires un préjudice ⁴, une faute et un lien de causalité ⁵. Le texte prévoit trois causes d'engagement de la responsabilité civile des gérants ⁶. Il peut y avoir infraction aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SARL (inobservation des prescriptions relatives à la présentation des comptes sociaux ; irrégularité dans la convocation des assemblées...) ⁷ ; violation des statuts (décision prise par le gérant seul, alors que les statuts exigent l'autorisation préalable des associés...). La responsabilité des gérants peut également être recherchée en cas de faute de gestion ⁸, cette faute pouvant aller de la simple imprudence ou négligence ⁹ aux manœuvres

1. T. civ. Seine 9 juill. 1953, *JCP* 1954, II, 8074, J.R. ; Paris 17 déc. 1996, *Rev. sociétés* 1997, 392, Y. Guyon (faute du gérant de droit abandonnant la gestion à un gérant de fait) ; Civ. 2^e, 22 oct. 1997, *RJDA* 1998, p. 32, n° 49 (validité d'une délégation spéciale).

2. Civ. 2^e, 22 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 360, n° 121, P.L.C. ; *Rev. sociétés* 1998, p. 76, Y. Chartier (délégation spéciale pour exercer une action en justice) ; Com. 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 215, n° 81, P. Le Cannu (preuve de la délégation) ; Com. 13 janv. 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 465, n° 91, A. Lecourt (l'apparence ne permet pas de prouver la délégation).

3. Selon la jurisprudence, l'art. L. 223-22 ne concerne que les agissements commis dans leur gestion par les gérants de droit et ne s'applique pas aux gérants de fait. V. en dernier lieu, sur cette solution critiquée, Com. 21 mars 1995, *JCP E* 1996, II, 788, Y. Reinhard et I. Bon-Garcin ; *Rev. sociétés* 1995, p. 501, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 1995, n° 170, D. Vidal.

4. Paris 19 déc. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 174, D. Vidal.

5. Com. 27 sept. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 512, n° 101, P. Scholer.

6. Ce sont les mêmes qui figurent dans l'article L. 225-251 à propos de la responsabilité civile des administrateurs et du directeur général de la société anonyme (*infra*, n° 406).

7. La présomption de responsabilité instituée par l'article L. 223-22 n'est pas contraire à la présomption d'innocence, Crim. 19 août 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 36, n° 9, C. Mascala.

8. Lyon 27 mai 2004, *BRDA* n° 9 - 2005, p. 4.

9. Sur l'absence de responsabilité du gérant qui s'est borné à exécuter une décision des associés, Civ. 3^e, 2 oct. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 265, n° 55, F. X. Lucas, ou qui a accompli une opération dans l'intérêt social, Com. 8 nov. 2005, *BRDA* n° 23-2005, p. 6.

vres frauduleuses caractérisées ¹.

La loi NRE du 15 mai 2001 (art. 122) a développé les **injonctions de faire** lorsque, par exemple, les associés ne peuvent pas obtenir la production, la communication ou la transmission de certains documents. Lorsqu'il est fait droit à la demande par le président du tribunal de commerce statuant en référé, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge du gérant contre lequel la procédure doit être intentée à titre personnel (art. L. 238-1) ².

Mais à l'égard des tiers, leur responsabilité personnelle ne peut être engagée que s'ils ont commis une faute séparable de leurs fonctions ³.

Cette jurisprudence, critiquée ⁴, fondée sur l'existence de la personnalité morale de la société, met ainsi le gérant à l'abri d'actions en responsabilité abusives, mais peut être source de déresponsabilisation ⁵. Lorsqu'un tiers se plaint d'une « *faute de gestion commise pour le compte de la société, à l'occasion ou dans l'exercice des fonctions et non séparables de celles-ci* » ⁶, il n'a qu'une action contre la société, celle-ci pouvant ensuite se retourner contre son gérant. Selon la Cour de cassation, il y a faute séparable des fonctions lorsque « *le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* » ⁷. Jusqu'à présent, elle a été assez rarement retenue par la Haute juridiction ⁸ (v. égal. infra n° 437-1).

1. Par ex. Com. 9 déc. 1957, *Bull. civ.* III, n° 338, p. 290 (défaut de surveillance d'un cogérant ayant détourné des fonds sociaux) ; Paris 21 mars 1984, *BRDA* n° 11-1984, p. 9 (négligence ayant entraîné condamnation de la société à des dommages-intérêts pour concurrence déloyale) ; Com. 14 déc. 1960, *D.* 1961, p. 402, A. Dalsace (commissions occultes distribuées à des tiers) ; Com. 12 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1974, II, 662, A.P.S. (gestion autocratique contraignant la société à se dissoudre) ; Com. 2 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 131, p. 88 (cession frauduleuse d'éléments d'actif) ; Com. 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1074, n° 385, J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1998, n° 32, D. Vidal (absence de facturation de la cession d'un fonds de commerce) ; Paris 4 févr. 2000, *BRDA* n° 9-2000, p. 3 ; *RTD com.* 2000, p. 386, Cl. Champaud et D. Danet (pouvoirs outrepassés à l'occasion d'une opération exceptionnelle). *Adde* bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1997, p. 679. Sur la compétence du tribunal de commerce, Com. 12 juin 1978, *Rev. sociétés* 1979, 307, J.-P. Sortais ; Paris 19 mars 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 113, Th. Bonneau.

2. Com. 1^{er} juill. 2008, *BRDA* n° 14-2008, p. 3.

3. Com. 20 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 786, n° 167, H. Le Nabasque ; *D. Aff.* 2003, p. 1502, A. Lienhard. V. déjà Com. 3 juill. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1258, n° 272, S. Messai (condamnation de la SARL pour dénigrement commis par son gérant) ; Com. 27 janv. 1998, *JCP E* 1998, p. 508, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1998, p. 535, n° 173, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1998, n° 46, D. Vidal. D. 1998, p. 605, D. Gibirila ; Com. 12 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 812, n° 183, B. Saintourens ; Civ. 3^e, 17 mars 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 812, n° 183 ; *RTD com.* 1999, p. 690, M.H. Monsérié-Bon (gérant de SCI). V. déjà : Com. 8 mars 1982, *Rev. sociétés* 1983, 573, Y. Guyon.

4. V. par ex. F. X. Lucas, sous Com. 22 mai 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 131 et J. F. Barbière, sous le même arrêt, in *Bull. Joly* 2001, p. 995, n° 228 (victime sans recours contre une société insolvable).

5. En revanche, le tiers peut être incité, à la suite de cette jurisprudence, à agir sur le terrain pénal et à se porter partie civile.

6. J.-P. Métivet, in *Rapport de la Cour de cassation pour 1998*, p. 111.

7. Critère retenu pour la première fois par Com. 20 mai 2003, préc. ; cf. par ex. Com. 27 sept. 2005, *Dr. sociétés* 2005, n° 221, J. Monnet.

8. V. cependant Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, *RJDA* 1998, p. 1021, n° 1362 (corruption d'un fonctionnaire) ; Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 370, n° 72, B. Dondero ; Com. 25 janv. 2005,

199 Régime de l'action en responsabilité civile ◇ S'appliquent ici les mêmes règles qu'en matière de société anonyme (*infra*, n^{os} 408 s.)¹. C'est dire qu'une **action individuelle** peut être engagée par tout associé ou tiers justifiant d'un préjudice personnel², et qu'une **action sociale** peut être intentée lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice subi par la société. Cette **action sociale ut universi** peut être exercée par les représentants légaux de la société (nouveaux gérants contre les anciens). Elle peut l'être également par un associé agissant seul (art. L. 223-22, al. 3) ou par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital (art. R. 223-31, al. 1). On parle alors d'**action sociale ut singuli**³.

Le tribunal ne peut statuer sur une action sociale que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux (art. R. 223-32)⁴. En cas de succès, les dommages-intérêts sont alloués intégralement à la société (art. L. 223-22, al. 3). Toute clause des statuts qui aurait pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée, ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action serait réputée non écrite (art. L. 223-22, al. 4). Et tout vote de quitus donné aux gérants serait sans effet⁵.

L'action en responsabilité, qu'elle soit individuelle ou sociale, se prescrit par trois ans⁶ (dix ans en cas de crime), le délai courant à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation (art. L. 223-23)⁷.

En cas de pluralité de gérants, chacun n'est responsable que de ses propres fautes⁸. Cependant, si tous ont contribué au dommage, une condamnation

Bull. Joly 2005, p. 599, n° 135, B. le Bars (contrefaçon) ; Com. 8 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 855, n° 193, Avis Av. général M. A. Lafortune (action en dehors de la qualité de gérant). Les juges du fond semblent toutefois plus accueillants, Montpellier 18 juin 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 132, J. Monnet (défaut de souscription d'une assurance obligatoire de responsabilité) ; Paris 22 mars 2002, *RJDA* 2002, p. 765, n° 901 ; *Dr. sociétés* 2002, n° 178, J. Monnet (prêt d'une *Porsche* par un vendeur d'automobiles) ; Aix 20 sept. 2000, *JCP E* 2001, p. 1364 (conclusion par une société interposée d'un contrat étranger à l'objet social) .

1. Com. 6 mars 1973, *Bull. civ. III*, n° 174, p. 126.

2. Com. 7 déc. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 403, p. 336.

3. J. C. Pagnucco, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, LGDJ 2006, préf. Fl. Deboissy.

4. Lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre la société et ses représentants légaux, le tribunal peut désigner un mandataire *ad hoc* pour la représenter dans l'instance (al. 2).

5. Rouen, 12 janv. 1973, *D.* 1973, somm. 28. Comp. sur l'influence du quitus quant à l'absence de juste motif de révocation, Paris 26 nov. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 340, n° 68, L. Dessertine.

6. Com. 20 oct. 1998, *Dr. sociétés* 1999, n° 15, D. Vidal ; *RJDA* 1999, n° 55, p. 52. Cette prescription ne joue pas en matière fiscale, Paris 19 avr. 1984, *RJ com.* 1985, 97, F. Cherchouly-Sicard.

7. Com. 15 mai 1990, *Dr. sociétés* 1990, n° 200 ; *RTD com.* 1992, p. 195, n° 11, Cl. Champaud et D. Danet ; Civ. 1^{re}, 15 juill. 1993, *BRDA* n° 18-1993, p. 8 ; Paris 25 juin 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 929, n° 329, Ch. Hannoun. En revanche, à l'encontre du gérant de fait, c'est la prescription de droit commun qui s'applique, Toulouse 2 déc. 2004, *Dr. sociétés* 2005, n° 70, J. Monnet.

8. V. sur l'obligation de surveillance d'un cogérant à l'égard des autres gérants, Paris 16 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 189, n° 54, P. Le Cannu.

solidaire peut être prononcée, ce qui peut être une garantie intéressante pour la victime, le tribunal déterminant la part contributive de chacun d'eux pour les recours (art. L. 223-22, al. 2).

200 Responsabilité des gérants en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires de la société ◇ Le plus souvent (*supra*, n° 173) le gérant se sera, à titre personnel, porté caution envers une banque ou un établissement de crédit pour les prêts et avances consentis à la société. En cas de procédure collective, le banquier ne manquera pas d'agir contre lui puisqu'il est alors tenu sur son patrimoine, dans les conditions de l'article L. 622-28 ¹.

Le gérant, en cette seule qualité, n'est pas commerçant, et, en principe, ne peut pas être mis en redressement ou en liquidation judiciaires ². Mais, les nombreux abus commis à l'abri de la personnalité morale de la société, ont conduit le législateur à permettre de rechercher la responsabilité personnelle du gérant de la société (art. L. 223-24). Les principales mesures sont les suivantes ³ :

1°) À compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire, les gérants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent à peine de nullité, **céder leurs parts sociales** qu'ils détiennent directement ou indirectement dans la SARL que dans les conditions fixées par le tribunal (art. L. 631-10 nouv.) ⁴.

2°) Lorsque la liquidation judiciaire de la SARL fait apparaître une **insuffisance d'actif**, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les gérants de droit ou de fait ⁵ ou par certains d'entre eux. En cas de pluralité de gérants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables (art. L. 651-2, al. 1^{er} nouv.).

Les sommes versées par les gérants en application de l'alinéa 1^{er} entrent dans le patrimoine du débiteur et elles sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc (al. 3).

1. Toute action contre les personnes physiques coobligés ou ayant consenti une sûreté personnelle est suspendue, depuis le jugement d'ouverture de la sauvegarde ou du redressement judiciaire jusqu'au jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement ou prononçant la liquidation (cf. art. L. 622-28, al. 2 ; L. 631-14).

2. Chambéry 14 mai 2007, *BRDA* n° 24-2007, p. 6 (non application de l'art. L. 631-2 à un gérant inscrit comme travailleur indépendant auprès de l'URSSAF).

3. Elles s'appliquent de façon plus générale aux dirigeants des personnes morales de droit privé soumises à une procédure collective (art. L. 651-1). Pour les SA, v. *infra*, n° 413.

4. Cf. J.-M. de Bermond de Vaulx, *Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaires*, *Rev. sociétés* 1990, 221.

5. Com. 25 janv. 1994, *RJDA* 1994, p. 317, n° 402 (associé majoritaire, dirigeant de fait) ; Com. 14 oct. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1083, n° 390, J.-M. Calendini (preuve à rapporter contre un gérant dont la démission n'a pas été publiée).

Par rapport au célèbre article 99 de la loi du 13 juillet 1967, il faut donc que le demandeur à l'action prouve l'existence d'une faute de gestion et le lien de causalité entre cette faute ¹ et l'insuffisance d'actif, ce qui n'est pas toujours facile.

3°) La faillite personnelle est facultative (art. L. 653-1 s.). Elle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale et toute personne morale ayant une activité économique. Elle entraîne également les interdictions et déchéances applicables aux personnes qui étaient déclarées en état de faillite au sens donné à ce terme antérieurement au 1^{er} janvier 1968.

À la place de la faillite personnelle, le tribunal peut prononcer une mesure de portée limitée, l'**interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler**, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale, artisanale et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci (art. L. 653-8) ².

L'une et l'autre de ces mesures privent obligatoirement les gérants associés qui en sont frappés du droit de vote dans les assemblées, ce droit étant alors exercé par un mandataire désigné par le tribunal (art. L. 653-9 al. 1^{er}) ; et le tribunal peut leur enjoindre de **céder leurs parts sociales** ou ordonner leur cession forcée (art. L. 653-9, al. 2).

4°) Dans les cas les plus graves, les gérants s'exposent aux peines de la **banqueroute** (art. L. 654-1 s.) avec un emprisonnement jusqu'à cinq ans et/ou une amende jusqu'à 30 000 €.

201 Responsabilité fiscale des gérants ³ ◇ En principe, le gérant ne répond pas personnellement des impôts qui sont à la charge de la société. Mais lorsque le recouvrement des impositions de toute nature et des pénalités fiscales dues par une SARL a été rendu impossible par des « *manœuvres frauduleuses ou l'inobservation grave et répétée* » des diverses obligations fiscales, le ou les gérants peuvent être rendus solidairement responsables avec cette société du paiement de ces impositions et pénalités ⁴. Le comptable public doit également démontrer qu'il a utilisé en vain contre la société tous les actes de poursuite à sa disposition pour obtenir en temps utile le paiement des

1. Par ex. Com. 28 mai 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 373, A. Honorat (dépôt tardif de bilan) ; Rennes 13 déc. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 195, Y. Chaput (rémunération excessive du gérant). V. égal. *infra*, n° 414.

2. Cf. Cl. Champaud, *RTD com.* 1990, p. 588, n° 8.

3. J.-P. Le Gall et G. Blanluet, *La responsabilité fiscale des dirigeants sociaux*, *Rev. sociétés* 1992, p. 669 ; M.C. Bergerès, *La responsabilité fiscale des dirigeants sociaux*, *D.* 1993, Chron. 199 ; B. Poulain, *Responsabilité fiscale des dirigeants de personnes morales*, *Dr. et patr.* févr. 1998, p. 35 ; J.-C. Bouchard, *La responsabilité fiscale du dirigeant*, *Gaz. Pal.* 26 sept. 2000, p. 13 ; Y. Saint-Aure, *Responsabilité fiscale des dirigeants sociaux*, Ed. Liaisons sociales 1996 ; E. Kornprobst, *Procédures fiscales et patrimoine du dirigeant d'entreprise*, Litec 2000 ; Instr. 6 sept. 1988, BOI 12 C-20-88. V. *infra* n° 424 (responsabilité fiscale des dirigeants de SA).

4. Cette action doit être engagée « dans des délais satisfaisants », Instr. 6 sept. 1988, précitée ; sur l'appréciation de cette notion, Paris 26 oct. 2007, *Aubert*, *RJF* 6/08, n° 747.

impôts (art. L. 267 Livre proc. fisc.)¹. La condamnation solidaire résulte d'une décision du président du tribunal de grande instance².

Cette disposition vaut très généralement pour toute personne³ exerçant en droit ou en fait⁴, directement ou indirectement, la direction effective⁵ d'une société, quel que soit son type, d'une personne morale ou de tout autre groupement, dès lors que le recouvrement a été rendu impossible⁶ par des « manœuvres frauduleuses » ou « l'inobservation grave et répétée » des obligations fiscales⁷. Cette responsabilité fiscale peut donc jouer tant à l'encontre du gérant majoritaire qu'à l'encontre du gérant minoritaire ou encore à l'encontre du gérant non associé. Le juge peut autoriser cependant le dirigeant, condamné à payer le passif fiscal, à déduire de ses revenus imposables les paiements qu'il a effectués⁸.

1. Com. 10 juill. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1334, n° 350, P. Serlooten.

2. Com. 31 oct. 2006, *Milhau*, *RJF* 2/07, n° 220 (la suspension ou l'interruption de l'action contre le dirigeant est sans effet sur l'action en recouvrement contre la société).

3. Com. 30 mai 2000, *Raffa*, *RJF* 3/01, n° 385 *Dr. fisc.* 2001, n° 18, comm. 443 (l'interdiction des poursuites individuelles à l'égard de la société en liquidation résultant de l'art. L. 622-32 C. com. ne fait pas obstacle à l'exercice par l'administration fiscale, à l'encontre du dirigeant, de l'action instituée à l'art. L. 267). Cep. Com. 3 nov. 2004, *Riff*, *RJF* 2/05, n° 188 (les procédures engagées dans le cadre de la procédure collective sont susceptibles d'influer sur la possibilité de recouvrement auprès de la société). Sur la conformité de l'art. 267 à la CDEH, Versailles 12 sept. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1328, n° 281, P. Serlooten.

4. Le juge décide souverainement si une personne dirige en fait une société, Com. 5 nov. 1991, *RJDA* 1992, n° 43, p. 32. Encore faut-il qu'il caractérise concrètement la responsabilité personnelle du dirigeant de droit ou en fait : Com. 21 janv. 2004, *Amadry*, *RJF* 5/04, n° 544. La mise en location-gérance du fonds de commerce n'exonère pas le dirigeant de la société de sa responsabilité solidaire : Com. 30 mai 2007, de *Boisset*, *RJF* 11/07, n° 1334.

5. Com. 8 janv. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 333, n° 105 (non application de l'art. L. 267 à un ancien dirigeant dont la cessation des fonctions n'avait pas été publiée au registre du commerce) ; Com. 17 déc. 2002, *Monfort*, *RJF* 4/03, n° 502, et 25 févr. 2003, *Leidwanger*, *RJF* 6/03, n° 769 (ces deux dernières affaires ont pour cadre un plan de règlement) ; Com. 3 mars 2004, *Racinoux*, *RJF* 7/04, n° 793 (délégation de pouvoirs exonératoire) ; Com. 5 oct. 2004, *Baudin*, *RJF* 2/05, n° 187 ; 26 juin 2007 ; *Charavel*, *RJF* 11/07, n° 1335 (absence de délégation de pouvoirs effective).

6. Sur des agissements, volontaires ou non, ayant aggravé le passif de la société et créé les conditions rendant impossible le recouvrement des impôts dus : Com. 25 avr. 2001, *Di Cola*, *Dr. fisc.* 2001, n° 39, comm. 875 ; Com. 28 sept. 2004, *Pironneau*, *RJF* 2/05, n° 184. La mise en cause de la responsabilité solidaire ne nécessite ni agissements intentionnels ni mauvaise foi : Com. 31 oct. 2006, *Grenouiller*, *Dr. fisc.* 2007, n° 38, comm. 853. Sur la question d'une éventuelle négligence de l'administration fiscale : Com. 10 juill. 2007, *Anthonioz*, *RJF* 12/07, n° 1495 (négligence retenue) ; 3 juin 2008, *De Barros et Peurière* (2 arrêts) *RJF* 10/08, n°s 1123 et 1124 (négligence non retenue).

7. Com. 19 nov. 2002, *Ho Hui Yun*, *RJF* 3/03, n° 373 (un fait unique n'est pas constitutif d'une inobservation répétée) ; 11 mars 2003, *Leomy*, *RJF* 6/03, n° 770 (le dirigeant peut opposer au fisc les exceptions qui lui sont personnelles, celles qui résultent de la nature de l'obligation et celles qui sont communes à tous les codébiteurs) ; 31 oct. 2006, *Grenouiller*, *RJF* 2/07, n° 222 (le caractère de manquements graves et renouvelés du dirigeant n'implique pas des agissements intentionnels ou de mauvaise foi).

8. Tel sera le cas si les sommes versées au titre du comblement du passif social l'ont été en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un revenu professionnel et afin de servir les intérêts de l'entreprise (CE 6 févr. 1995, n° 158824, *RJF* 4/95, n° 432), faute de quoi, le droit à déduction est

202 Responsabilité pénale des gérants ◇ On sait que les sanctions pénales édictées en matière de sociétés commerciales sont encore nombreuses, malgré la dépénalisation qui s'opère progressivement (lois NRE et de sécurité financière, *supra*, n° 17). Les articles L. 247-1 à L. 247-8 visent les infractions communes aux diverses formes de société commerciale, alors que les articles L. 241-1 à L. 241-9 concernent les seules sociétés à responsabilité limitée.

En pratique, l'infraction la plus fréquente est l'**abus de biens sociaux** ¹ (V. *infra*, n° 416-1). L'article L. 241-3, 4° frappe d'un emprisonnement jusqu'à cinq ans et/ou d'une amende pouvant aller jusqu'à 375 000 €, les gérants qui, de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ².

Les gérants majoritaires ont souvent du mal à admettre que l'accord, même unanime, des associés ou l'assentiment de l'assemblée ³, ne peut faire disparaître le caractère délictueux des prélèvements abusifs sur les biens sociaux, la loi ayant pour but de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et des tiers qui contractent avec elle ⁴.

Les infractions de distribution de dividendes fictifs ⁵, ou de présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle, sont également souvent constituées. Toutes ces infractions peuvent être retenues non seulement contre les gérants de droit mais aussi contre toute personne qui, directement ou par personne interposée aura, *en fait*, exercé la gestion d'une SARL sous le couvert ou aux lieu et place de son gérant légal (art. L. 241-9) ⁶.

refusé (CAA Bordeaux 2 févr. 1999, *Gayral*, *RJF* 10/99, n° 1124 ; *Dr. fisc.* 1999, n° 50-51, comm. 918) ; Comp. le sort du gérant caution, *supra*, n° 191. En revanche, limiter le montant de la condamnation n'est pas du pouvoir du juge : CE 11 janv. 2005, *Rivallain*, *RJF* 5/05, n° 497.

1. Crim. 13 déc. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 257, B. Bouloc (rémunération excessive d'un gérant de fait) ; Crim. 15 oct. 1990, *Rev. sociétés* 1991, 378, B. Bouloc (acquisition d'actions, prêt à une société) ; Crim. 3 juin 1991, *BRDA* 17-1991, p. 7 (rémunération excessive) ; Crim. 25 mai 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1214, n° 392 ; Crim. 28 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1111, n° 324, A. Cuisance.

2. Sur la non-déductibilité des amendes pénales, *supra* n° 97 ; sur la déductibilité des fonds détournés par les gérants, *infra* n° 416.

3. Crim. 30 sept. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 356, B. Bouloc.

4. Crim. 3 oct. 1983, *D.* 1984, IR, 48 ; Crim. 30 sept. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 153, n° 40. Sur les conséquences civiles, Paris 11 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 920, n° 296 (réparation du préjudice moral et pécuniaire subi par la société et l'un des gérants) ; Crim. 13 juin 1988, *Rev. sociétés* 1989, 74, B. Bouloc (action civile exercée par le syndic) ; Crim. 4 nov. 1988, *JCP E* 1989, II, 15517, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain (irrecevabilité de la constitution de partie civile du comité d'entreprise) ; Crim. 27 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 405, n° 128, Y. Streiff (irrecevabilité de la constitution de partie civile d'un syndicat) ; Crim. 9 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 433, B. Bouloc (irrecevabilité de la constitution de partie civile de créanciers).

5. Paris 14 juin 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 219, D. Vidal. Sur la répétition de dividendes fictifs (art. L. 223-40), Aix 2 avr. 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 229, H. Le Nabasque.

6. V. par ex. Crim. 6 oct. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 351, B. Bouloc ; Crim. 9 nov. 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 92, n° 23 ; Crim. 29 févr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 370, n° 115 ; Crim. 3 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 919, n° 295 ; Crim. 13 déc. 1988, *préc.*

Des sanctions pénales peuvent être également prononcées contre les gérants qui se sont rendus coupables de fraude fiscale (art. 1741 s. CGI) ¹.

§ 2. Le commissaire aux comptes

203 Évolution ◇ Sous l'empire de la loi du 7 mars 1925, le contrôle des comptes était assuré par un conseil de surveillance, composé d'associés. La loi du 24 juillet 1966 a supprimé ce conseil de surveillance, inefficace ², et l'a remplacé par un commissaire aux comptes, obligatoire dès lors que le capital de la SARL dépassait 300 000 F. Ce critère, peu significatif, du montant du capital social a été abandonné par la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises.

204 Désignation ◇ Sont désormais tenues de désigner un commissaire aux comptes au moins ³ les SARL qui dépassent à la clôture d'un exercice social des chiffres fixés par décret pour deux des critères suivants : total de leur bilan, montant hors taxes du chiffre d'affaires, nombre moyen de salariés au cours de l'exercice (art. L. 223-35, al. 2).

Ces seuils sont de 1 550 000 € pour le bilan, 3 100 000 € pour le chiffre d'affaires et cinquante pour les salariés. Incontestablement, ces critères reflètent mieux l'importance de la société, mais ils ne donnent pas l'assurance d'une continuité dans le contrôle, puisque la société n'est plus tenue de désigner un commissaire aux comptes dès lors qu'elle n'a pas dépassé les chiffres fixés pour deux de ces trois critères pendant les deux exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire qui est de six exercices (art. R. 221-5).

Lorsque la société n'atteint pas les seuils fixés, la nomination d'un commissaire aux comptes est facultative ⁴. Elle peut être décidée par les associés représentant plus de la moitié des parts sociales (art. L. 223-35, al. 1). Elle peut également être demandée en justice par un ou plusieurs associés ⁵

1. Cf. Circul. du 23 oct. 1997 du ministère de la Justice, relative à la fraude fiscale, *JCP E* 1998, p. 477 ; Crim. 19 août 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 863 (délégation de pouvoirs) ; Paris 31 oct., 14 nov., 7 déc. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, 57 s., J.-P. Marchi ; Crim. 13 mars 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 534, n° 194. V. égal. Crim. 14 nov. 1994, *RJDA* 1995, p. 236, n° 288 (solution sévère laissant entendre que le gérant est nécessairement responsable des obligations fiscales de la société).

2. Rien n'interdit cependant de prévoir dans les statuts un conseil de surveillance, à condition qu'il n'empiète pas sur les attributions des organes légaux de la société (R.M. JO déb. AN 4 déc. 1975, p. 9327 ; *Rev. sociétés* 1976, p. 203). Le rapport Marini préconisait d'instituer à titre optionnel une gestion avec gérance et conseil de surveillance (p. 31).

3. Il convient également de désigner autant de commissaires aux comptes suppléants qu'il y a de titulaires (art. L. 823-1). Sur les incompatibilités et le principe d'indépendance, *infra* n° 503-1.

4. Selon l'article L. 823-12-1 nouv., les commissaires aux comptes exercent leurs diligences selon une norme d'exercice professionnel spécifique, allégée (NEP 910, arrêté 2 mars 2009) dans les SNC, les SCS, les SARL et les SAS qui ne dépassent pas, à la clôture d'un exercice social, deux des seuils mentionnés ci-dessus (art. R. 823-7-1 nouv.).

5. Sur la possibilité offerte au nu-propriétaire de parts sociales de solliciter cette nomination, cf. Paris 22 janv. 1971, *D.* 1971, p. 517, Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1971, 413, D.B.T.

représentant au moins le dixième du capital (art. L. 223-35, al. 3). Compétence est donnée au président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés (art. R. 221-5, al. 3).

- 205 Missions** ◇ Le principe est que les pouvoirs, fonctions, obligations et responsabilités des commissaires aux comptes des sociétés anonymes sont applicables aux commissaires aux comptes des SARL, sous réserve des règles propres à celles-ci (art. L. 820-1 ; *infra*, n^{os} 499 s.) ¹.

C'est dire que le commissaire certifie que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la SARL à la fin de cet exercice. Il doit également contrôler les aspects juridiques de la vie de la société. La loi du 1^{er} mars 1984 l'avait aussi investi d'une mission d'alerte.

- 206 Alerte** ◇ La loi du 1^{er} mars 1984, modifiée par les lois des 10 juin 1994 et 26 juillet 2005 insérées dans le Code de commerce, a institué plusieurs procédures d'alerte qui peuvent être déclenchées par les associés de la SARL (*infra*, n^o 210), par les institutions représentatives du personnel, par le président du tribunal de commerce (*infra*, n^o 228) et par le commissaire aux comptes.

L'alerte doit être déclenchée par le commissaire aux comptes dès lors qu'il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission de tout fait de nature à compromettre la continuation de l'exploitation (art. L. 234-1). Pour la SARL, la procédure se déroule en trois phases (art. L. 234-2, R. 234-5) ² :

1) Le commissaire aux comptes ³ commence par demander des explications sur ces faits au gérant, qui est tenu de lui répondre sous quinze jours en donnant une analyse de la situation et en précisant, le cas échéant, les mesures envisagées. La réponse est communiquée au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. En outre, le commissaire aux comptes doit également informer le président du tribunal de commerce, ce qui fait perdre à la procédure d'alerte le caractère purement interne qu'elle avait jusqu'en 1994, mais permet au président de la juridiction consulaire, ainsi informé, de mettre en œuvre, après saisine éventuelle du gérant, les mesures légales de prévention ou de redressement dont il dispose. Cet avertissement solennel lancé au gérant peut être efficace et la procédure d'alerte s'arrêter là puisqu'elle aura rempli son rôle.

1. V. sur l'unification du statut des commissaires aux comptes depuis la loi NRE, art. L. 820-1.

2. Cette procédure d'alerte ne s'applique pas lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde instaurée par la loi du 26 juill. 2005 a déjà été engagée par le gérant (art. L. 234-4).

3. Le commissaire aux comptes, comme le président du tribunal de commerce, a un rôle accru dans la procédure de prévention depuis la loi du 10 juin 1994 ; cf. Ph. Merle, *La procédure d'alerte*, Informations et débats, Bulletin de la CRCC de Versailles n^o 36-1996, p. 11 ; A. Liénard, *La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte*, Rev. proc. coll. 1996, p. 1.

2) En cas d'inobservation de ces dispositions ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire doit établir un rapport spécial et inviter par un écrit, dont la copie est envoyée au président du tribunal de commerce, le gérant à faire délibérer l'assemblée sur les faits relevés (art. L. 234-2, al. 2) ¹.

3) Si, à l'issue de l'assemblée, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il doit informer sans délai le président du tribunal de commerce de ses démarches et lui en communiquer les résultats (art. L. 234-2, al. 3).

§ 3. Les associés non gérants

Les droits et obligations des associés dans la SARL sont très proches de ceux des actionnaires dans la société anonyme, que ce soit sur le plan pécuniaire (A) ou quant à leur rôle dans la vie de la société (B). En revanche, une place à part doit être faite au régime des parts sociales qu'ils détiennent (C).

A. Droits et obligations pécuniaires

207 Bénéfices ; contribution aux pertes ◇ Les associés de la SARL n'ayant pas la qualité de commerçant, aucune des règles propres aux associés des sociétés en nom collectif ne leur est applicable (*supra*, n° 148 s.) ². C'est dire que la libération de leur apport est leur devoir essentiel et que leur obligation au passif social est limitée au montant de cet apport ³. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'associé se comporterait comme gérant de fait de la société que sa responsabilité pourrait être recherchée au-delà de son engagement, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires de la société ⁴. De même, il est fréquent que l'associé majoritaire se trouve engagé pour avoir cautionné auprès des banques une ou plusieurs dettes de la société que celle-ci ne peut rembourser (*supra*, n° 173).

Le porteur de parts participe à la répartition des bénéfices sociaux (v. *infra*, n° 225). Il peut également toucher une rémunération en qualité de salarié

1. Sur les conditions de convocation de l'assemblée, cf. art. R. 234-6.

2. Sur les conditions dans lesquelles un associé ayant signé les statuts, alors que la société n'est pas immatriculée par la suite, pourrait être mis en redressement judiciaire, Com. 2 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n° 140, p. 94 ; rapp. Com. 17 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n° 151, p. 101.

3. Cf. par ex. Com. 17 déc. 1979, *JCP* 1981, II, 19528, M. Germain ; *Rev. sociétés* 1981, 81, J.-P. Sortais ; Com. 13 juin 1984, *Rev. sociétés* 1985, 405, J.H. V. cependant en cas d'apport en nature, *supra*, n° 180. Sur l'obligation au passif des associés d'une SARL liquidée, Com. 3 juill. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 163, F. X. Lucas. La liquidation judiciaire exclut l'obligation au passif des associés, Paris 7 juin 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 96, J. Monnet.

4. Paris 10 mai 1989, *JCP E* 1989, II, 15558, G.N. ; Paris 11 juin 1987, *Rev. sociétés* 1987, 629, Y.G.

de la société, dès lors qu'il se trouve dans une situation de subordination et que la preuve de la réalité de son contrat de travail est rapportée ¹.

B. Droit d'intervention dans la vie sociale

207-1 Loyauté ◇ Les associés doivent avoir un comportement loyal, qui participe du principe général de bonne foi. Ce principe s'impose dans les relations entre associés, dans leurs relations avec la société et avec la gérance. C'est ainsi que les critiques à l'égard du gérant peuvent devenir fautives lorsqu'elles ont un caractère excessif ou insultant ². De même, la responsabilité personnelle des associés peut être engagée s'ils révoquent le gérant dans l'unique dessein de lui nuire, en violation flagrante des règles relatives à la convocation et à la tenue des assemblées, contrairement à l'intérêt social ³.

208 Information ◇ Pour que les associés puissent contrôler efficacement l'activité de la gérance et participer de façon éclairée à la vie sociale, il est indispensable qu'ils bénéficient d'une information étendue. Dans cette perspective, la loi du 24 juillet 1966 a fixé un minimum que les statuts peuvent toujours développer :

1) **À toute époque de l'année**, l'associé peut prendre connaissance au siège social des principaux documents sociaux concernant les trois derniers exercices : comptes annuels (bilans, comptes de résultat, annexe) ; inventaires ; rapports soumis aux assemblées et procès-verbaux. Le droit de prendre connaissance emporte celui de prendre copie ⁴, sauf en ce qui concerne l'inventaire. Ce droit de communication permanent ne peut être exercé que par l'associé en personne. Toutefois, il peut se faire assister d'un expert (art. L. 223-26, al. 4 et R. 223-15) ⁵.

2) **Dans les quinze jours qui précèdent l'assemblée annuelle**, certains documents doivent être envoyés aux associés, même à ceux qui ne les demandent pas. Il s'agit des comptes annuels (bilan, comptes de résultat et annexe), du rapport de la gérance sur sa gestion, du texte des résolutions

1. Soc. 19 oct. 1978, *Rev. sociétés* 1979, 311, P. Le Cannu ; Soc. 17 avr. 1980, *Rev. sociétés* 1980, 750, J.-J. Daigre ; Soc. 15 mai 1984, *Bull. Joly* 1984, n° 409-II, p. 1105 ; Versailles 28 mai 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 888, n° 320, R. Baillod.

2. Paris 25 oct. 2002, *BRDA* 4-2003, p. 2 (circulaires adressées à l'ensemble des associés portant atteinte à la crédibilité du gérant).

3. Com. 13 mars 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 78, Th. Bonneau ; *D.* 2001, p. 1175, A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2001, n° 101, F.X. Lucas ; *Bull. Joly* 2001, p. 891, n° 192, C. Priéto ; *Rev. sociétés* 2001, p. 818, B. Dondero ; *RTD com.* 2001, Cl. Champaud et D. Danet. V. cependant, sur renvoi, Paris 13 nov. 2002, *BRDA* 4-2003, p. 3.

4. Orléans 22 déc. 2005, *Dr. sociétés* 2006, 90, J. Monnet.

5. Sur le caractère limitatif de l'article R. 223-15, sauf extension statutaire, Besançon 11 déc. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 119, J. Monnet.

proposées, du rapport du commissaire aux comptes s'il en existe un ¹. Quant à l'inventaire, il suffit qu'il soit tenu, au siège social, à la disposition des associés, qui ne peuvent en prendre copie (art. L. 223-26, al. 1 et 2 ; art. R. 223-18). La violation de ces dispositions peut entraîner la nullité de la délibération (art. L. 223-26, al. 2) ².

Les sanctions pénales ont été supprimées par la loi NRE du 15 mai 2001 et remplacées par des **injonctions de faire**, plus efficaces, qui peuvent être demandées par les personnes intéressées au président du tribunal de commerce statuant en référé (cf. art. L. 238-1).

À compter de l'envoi de ces documents, tout associé a la faculté de poser par écrit des **questions** auxquelles le gérant sera tenu de répondre au cours de l'assemblée (art. L. 223-26, al. 3) ³.

3) Dans la période qui précède toute consultation des associés, autre que l'assemblée annuelle, certains documents doivent être adressés aux porteurs de parts, quinze jours avant. Il s'agit du texte des résolutions proposées, du rapport des gérants, et le cas échéant du rapport du commissaire aux comptes. En outre, pendant ce délai, les mêmes documents sont tenus, au siège social, à la disposition des associés, qui peuvent en prendre connaissance ou copie (art. R. 223-19) ⁴.

209 Expertise de gestion ◇ L'associé qui le souhaite dispose donc d'une information importante. La loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises est allée encore plus loin en offrant la possibilité aux associés détenant au moins le dixième du capital social ⁵ de demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur telle ou telle opération de gestion (art. L. 223-37 et R. 223-30) ⁶. Le ministère

1. Lorsque la société est tenue d'établir des comptes consolidés (*infra*, n° 664), elle doit joindre en outre les comptes consolidés et le rapport sur la gestion du groupe (art. L. 223-26, al. 2).

2. Aix 27 mai 1988, *JCP E* 1989, II, 15562, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Sur les difficultés posées par l'absence de réponse du gérant, v. note P. Le Cannu sous Paris 23 avr. 1985, *RJ com.* 1986, p. 143. Ces questions qui précèdent l'assemblée ordinaire (art. L. 223-26, al. 3) ne doivent pas être confondues avec celles qui peuvent être posées à tout moment de l'année, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article introduit par la loi du 1^{er} mars 1984 et devenu L. 223-36 ; *infra*, n° 210).

4. Paris 3 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 299, n° 79, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 1994, n° 57, H. Le Nabasque (la sanction ne peut pas être la nullité de l'art. L. 235-1, al. 2, puisqu'il ne s'agit que de la violation du décret).

5. Sur la nécessité d'être porteur de parts, Versailles 23 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 169, n° 45 ; Versailles 26 mai 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 712, n° 256, G. Lesguillier. Sur la possibilité pour les associés d'obtenir une expertise de gestion sur des conventions réglementées qui ont déjà été approuvées par les associés, Com. 5 mai 2009, *D.* 2009, p. 1355, A. Lienhard ; *JCP E* 2009, 1659, A. Cerati-Gauthier.

6. L'expertise ne peut porter que sur une opération de gestion, Paris 30 sept. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 287, Th. Granier ; *Bull. Joly* 1994, p. 1315, n° 369, P. Le Cannu (acompte sur dividende) ; Com. 27 janv. 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 664, n° 132, P. Le Cannu. C'est pourquoi la fixation de la rémunération du gérant par l'assemblée générale ne peut donner lieu à expertise (Com. 30 mai 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 715, n° 258, P. Le Cannu ; *JCP* 1990, II, 21405, M. Marteau-Petit ; *JCP E*

public et le comité d'entreprise peuvent également demander la désignation de cet expert de gestion (rappr. sur l'expertise de gestion dans la SA., *infra* n° 522).

210 Alerte ◇ L'expertise de gestion sera le plus souvent demandée lorsque la situation financière de la SARL donnera des inquiétudes aux associés minoritaires. Cette mesure doit donc être rapprochée de la procédure d'alerte permettant à tout associé non gérant de poser par écrit, deux fois par exercice, des questions au gérant « *sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* », la réponse du gérant étant ensuite communiquée au commissaire aux comptes (art. L. 223-36) (v. *infra*, n° 228).

211 Décisions collectives ◇ Le pouvoir souverain dans la SARL, comme dans la SA, appartient à la collectivité des associés. La particularité tient ici aux modalités de consultation des porteurs de parts. En principe, les décisions sont prises en assemblée (art. L. 223-27, al. 1). La tenue d'une assemblée est même obligatoire pour l'approbation annuelle des comptes ¹ ou lorsque la réunion a été demandée par un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales, ou représentant à la fois le quart en nombre des associés et le quart des parts sociales (art. L. 223-27, al. 3).

Mais, et c'est là une spécificité intéressante, les statuts peuvent prévoir que toutes les autres décisions, ou certaines d'entre elles, pourront être prises par consultation écrite des associés ou par visioconférence ou résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte (art. L. 223-27).

212 Assemblées ◇ Les associés doivent être convoqués aux assemblées, en principe, par la gérance (art. L. 223-27, al. 2). En cas de pluralité de gérants, les statuts peuvent confier ce soin à chacun des gérants ou à tous les gérants agissant collectivement (art. L. 223-18, al. 4). À défaut de précision statutaire, chaque gérant peut convoquer l'assemblée sans que les autres gérants puissent s'y opposer ².

1989, II, 15562, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain). V. cependant Versailles 13 oct. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 87, Y.G. et *infra*, n° 523 *in fine*. *Adde* Paris 27 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 193, n° 58 ; *RTD com.* 1992, p. 828, Cl. Champaud et D. Danet (pas d'expertise de gestion sur la régularité de la tenue d'une assemblée) ; Dijon 7 sept. 2004, *Dr. sociétés* 2004, n° 216, J. Monnet (absence d'information des associés).

1. Sur les sanctions pénales en cas de défaut de réunion (art. L. 241-5.) et les conditions de constitution de partie civile d'un associé, *Crim.* 4 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 162, n° 44 et p. 163, n° 45, J.-F. Barbiéri ; *Rev. sociétés* 1992, p. 87, B. Boulloc ; *Crim.* 4 juill. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 218, n° 73, J.-F. Barbiéri. *Adde* *Crim.* 9 oct. 1989, *Rev. sociétés* 1990, p. 285, B. Boulloc. La preuve de la tenue de l'assemblée incombe au gérant, *Com.* 11 févr. 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 115, H. Le Nabasque. V. égal. J.-F. Bulle, *Les assemblées sur « papier »*, *Dr. sociétés* juin 1998, p. 7.

2. *Com.* 6 juin 1972, *D.* 1973, p. 213, J. Cl. Bousquet ; Paris 5 nov. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 170, n° 32, P. Le Cannu. Sur l'impossibilité pour l'ancien gérant de convoquer l'assemblée

En cas de carence de la gérance, la convocation est faite par le commissaire aux comptes, s'il en existe un (art. L. 223-27, al. 2). La loi prévoit également que la réunion peut être demandée par un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales, ou représentant à la fois le quart en nombre des associés et le quart des parts sociales (art. L. 223-27 al. 3) ¹. Tout associé, quel que soit le nombre de parts qu'il détient, peut également demander au président du tribunal de commerce statuant en référé, la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour (art. L. 223-27, al. 4 et R. 223-20, al. 3) ².

Les associés sont convoqués quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée par lettre recommandée qui indique l'ordre du jour (art. R. 223-20, al. 1) ³ et l'assemblée ne peut se tenir avant l'expiration du délai de communication des documents mentionnés à l'article L. 223-26 (art. L. 223-27, al. 2). Sous réserve des questions diverses, qui ne doivent présenter qu'une minime importance, les questions inscrites à l'ordre du jour sont libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement, sans qu'il y ait lieu de se reporter à d'autres documents (art. R. 223-20, al. 2) ⁴.

d'une SARL en liquidation judiciaire, Com. 17 juill. 2001, D. aff. 2001, p. 2519, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2001, p. 1108, n° 249, J. P. Chazal ; *Dr. sociétés* 2001, n° 158, Th. Bonneau. Sur l'irrecevabilité de l'action en nullité exercée par le gérant non associé, Com. 17 déc. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 52, J. Monnet.

1. Paris 15 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 217, n° 72 (à défaut, il y aurait nullité de l'assemblée irrégulière). Si la gérance, puis le commissaire aux comptes refusent de convoquer l'assemblée, les associés ne peuvent pas la convoquer directement eux-mêmes. Ils doivent demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de faire cette convocation, Com. 4 mars 1974, D. 1974, p. 420.

2. Com. 4 avr. 1995, *RJDA* 1995, p. 875, n° 1110 ; Paris 22 mai 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 228, H. Le Nabasque ; *Rev. sociétés* 1992, p. 559, Y.G. Le demandeur doit avoir au préalable vainement mis en demeure le gérant, et le commissaire aux comptes s'il y en a un, de procéder à cette convocation, Reims, 17 juill. 1975, D. 1976, p. 218, Y. Guyon ; *Gaz. Pal.* 1976, I, 212, A.P.S. ; D. 1977, IR, 312, J. Cl. Bousquet. La demande doit tendre à des fins conformes à l'intérêt social, Com. 19 juin 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 621, J.-P. Sortais ; *Bull. Joly* 1990, p. 881, n° 271, P.L.C. ; *RTD com.* 1991, p. 70, n° 19, Cl. Champaud ; Versailles 19 juin 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 106, J. Monnet (refus du juge). V. pour une désignation sur requête en cas de vacance de la gérance, Com. 19 déc. 2006, *JCP E* 2007, 1503, H. Lécuyer.

3. Sur la computation du délai, Versailles 12 mars 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 525, n° 181, P. Le Cannu. Sur les pouvoirs du gérant pour fixer le lieu de réunion, Paris 15 juin 1989, *RTD com.* 1990, p. 44, n° 9, Cl. Champaud.

4. L'ordre du jour comportant une rubrique « gestion du gérant » permet de mettre fin aux fonctions du gérant et de le remplacer, Com. 28 févr. 1977, *RJ com.* 1978, 294, Ph. Merle ; *Rev. sociétés* 1978, 245, J.-P. Gastaud ; Paris 2 juill. 1999, *RJDA* 1999, p. 876, n° 1089. Lorsque la question de la dissolution anticipée de la société est inscrite à l'ordre du jour, l'assemblée peut également discuter des problèmes de liquidation, qui sont la conséquence directe de la dissolution et n'abordent aucun problème nouveau, Com. 25 avr. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 531, n° 191, M. Jeantin. Dans le même sens, Com. 29 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1142, n° 338, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1993, n° 205, H. Le Nabasque ; *JCP E* 1993, I, 288, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Versailles 31 oct. 2002, *RJDA* 2003, p. 238, n° 269 (ordre du jour insuffisant). Cf. *supra*, n° 188.

Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée ¹. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les associés étaient présents ou représentés (art. L. 223-27, al. 5) ².

Tout associé a le droit de participer aux décisions ³ et toute clause des statuts qui subordonnerait l'accès aux assemblées à la propriété d'une fraction minimale du capital serait réputée non écrite (art. L. 223-28, al. 1 et 5). Le commissaire aux comptes a également accès à toutes les assemblées (art. L. 223-39 al. 2). Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, *deux membres du comité d'entreprise* peuvent également assister aux assemblées et ils doivent être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés (art. L. 2323-67 C. trav.).

Nonobstant toute clause contraire, un associé peut se faire représenter par son conjoint ⁴ sauf si la société ne comprend que les deux époux. Il peut également se faire représenter par un autre associé dès lors que le nombre des associés est supérieur à deux (art. L. 223-28, al. 2) ⁵. Quant à la représentation par un tiers non associé, elle n'est possible que si les statuts le permettent (art. L. 223-28, al. 3) ⁶. En tout cas, un associé ne pourrait pas constituer un mandataire pour voter avec une partie de ses parts et voter en personne avec l'autre partie : le mandat doit être global (art. L. 223-28, al. 4) et il ne peut pas être permanent (art. R. 223-21).

Chaque associé dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède (art. L. 223-28, al. 1). Les clauses contraires étant réputées non écrites (art. L. 223-28, al. 5), les statuts ne pourraient pas conférer un droit de vote plural à certaines parts, contrairement à ce qui est possible pour

1. V. par ex. Com. 5 déc. 2000, D.A. 2001, p. 239, A. Lienhard ; JCP E 2001, p. 897, A. Viandier et J.-J. Caussain (refus d'annuler, le demandeur en nullité ayant donné quitus) ; Paris 26 mars 1986, RJ com. 1986, 332, J.-J. Daigre, annulant une assemblée générale convoquée verbalement. Un associé n'ayant pas été convoqué, peu importe que la résolution litigieuse ait été adoptée à l'unanimité des associés présents ou représentés ; Versailles 3 déc. 1986, JCP E 1987, 16644, n° 16, A. Viandier et J.-J. Caussain (annulation pour défaut de deuxième convocation) ; Paris 26 sept. 1986, JCP E 1987, 16122, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain (irrégularité sans incidence) ; Paris 15 févr. 2008, BRDA n° 9-2008, p. 3 (irrecevabilité de la demande en nullité formée par le gérant non associé) ; Com. 28 mars 2006, Dr. sociétés 2006, 108, J. Monnet (prescription triennale, mais jeu de l'exception de nullité perpétuelle).

2. Com. 17 juill. 2001, D. aff. 2001, p. 2519, A. Lienhard ; Bull. Joly 2001, p. 1108, n° 249, J. P. Chazal ; Dr. sociétés 2001, n° 158, Th. Bonneau. Sur l'irrecevabilité de l'action en nullité exercée par le gérant non associé, Com. 17 déc. 2002, Dr. sociétés 2003, n° 52, J. Monnet ; D. 2003, p. 206, A. Lienhard ; Bull. Joly 2003, p. 307, n° 64, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 2003, p. 493, J. F. Barbieri.

3. Sur la représentation des associés, Poitiers 29 août 2002, Dr. sociétés 2002, n° 220, J. Monnet ; RTD com. 2003, p. 117, Cl. Champaud et D. Danet.

4. Lyon 19 févr. 2004, Dr. sociétés 2004, n° 130, J. Monnet (nécessité d'un mandat).

5. Com. 19 févr. 1991, Bull. Joly 1991, p. 413, n° 135, P. Le Cannu ; RTD com. 1992, p. 390, n° 7, Cl. Champaud et D. Danet ; JCP E 1991, I, 87, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 5 nov. 1999, Bull. Joly 2000, p. 170, n° 32, P. Le Cannu ; JCP E 2000, p. 798, A. Viandier et J.-J. Caussain.

6. Aix 17 oct. 1997, Bull. Joly 1998, p. 531, n° 171, B. Saintourens (représentation systématique par le même tiers).

les actions de sociétés anonymes (art. L. 225-123 ; *cf. infra*, n° 309) ¹ et de SAS (*infra*, n° 595-10).

Toute délibération est constatée par un procès-verbal, signé par les gérants et, le cas échéant, par le président de séance (*cf.* art. R. 223-24) ².

213 Consultations écrites ou consentement donné dans un acte ◇ On sait (*supra*, n° 211) que les statuts peuvent toujours stipuler qu'à l'exception de l'approbation annuelle des comptes, toutes les décisions ou certaines d'entre elles pourront être prises par consultation écrite des associés ou résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte qui peut être sous-seing privé ou notarié (art. L. 223-27, al. 1). La possibilité de consultations écrites donne beaucoup de souplesse dans le fonctionnement de la société ³. Pour prendre une décision sur un point précis, il paraîtra le plus souvent inutile d'organiser une réunion entre les associés. Si la consultation par correspondance est choisie, le texte des résolutions proposées ainsi que les documents nécessaires à l'information des associés sont adressés à chacun de ceux-ci par lettre recommandée ; et les associés disposent d'un délai minimal de quinze jours à compter de la date de réception des projets de résolution pour émettre leur vote par écrit (art. R. 223-22). Ces délais risquent cependant de se révéler trop longs en cas d'urgence.

La disposition de la loi NRE permettant à deux membres du comité d'entreprise d'assister aux assemblées (art. L. 2323-67 C. trav., *supra*, n° 212) ne peut donc être mise en œuvre lorsqu'il y a consultation écrite des associés ou lorsque leur consentement est donné dans un acte.

213-1 Visioconférence ou télécommunication ◇ La loi de modernisation de l'économie (LME) a étendu aux SARL, dans un souci de simplification, une pratique qui avait déjà été introduite par la loi NRE dans les sociétés anonymes (*cf.* art. L. 225-107 ; *infra* n° 417-1) : lorsque les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité, les associés qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification. Ces modalités ne peuvent cependant pas être utilisées pour les résolutions concernant les

1. La loi n'apporte aucune précision concernant l'exercice du droit de vote lorsque les parts sociales font l'objet d'une mise en gage, d'un usufruit ou sont en indivision. Il convient donc de faire application des dispositions générales (*cf.* A. Le Bayon, *L'usufruit des parts sociales*, *Rev. sociétés* 1973, 435). V. égal. *Bull. Joly* 1980, p. 591.

2. Sur le contenu de ce procès-verbal, *cf.* Paris 23 avr. 1985, *RJ com.* 1986, p. 143, P. Le Cannu ; sur les conséquences pénales d'un truquage de procès-verbal d'assemblée, *Crim.* 27 juin 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 846, n° 268. La preuve que l'assemblée s'est tenue est à la charge du gérant, *Com.* 11 févr. 1992, *Dr. sociétés* mai 1992, n° 115, H. Le Nabasque. V. égal. J.-F. Bulle, *Les assemblées sur « papier »*, *Dr. sociétés*, juin 1998, p. 7.

3. On ne peut cependant cumuler la réunion d'une assemblée et la consultation écrite d'associés qui ne peuvent pas se déplacer, Orléans 26 oct. 1989, *Rev. sociétés* 1990, p. 644, Y.G. ; *RTD com.* 1992, p. 193, n° 10, Cl. Champaud et D. Danet.

comptes sociaux et les comptes consolidés. Et les statuts peuvent prévoir un droit d'opposition à l'utilisation de ces moyens au profit d'un nombre déterminé d'associés et pour une délibération déterminée (art. L. 223-27, al. 3 ; R. 223-20-1 nouv.).

214 Décisions ordinaires et extraordinaires ◇ La loi n'utilise pas explicitement à propos de la SARL la distinction faite dans les sociétés anonymes entre les assemblées générales ordinaire et extraordinaire. Elle se contente de prévoir des majorités différentes selon la nature des décisions : la majorité simple suffit pour les décisions ordinaires ; une majorité renforcée est exigée pour les décisions extraordinaires.

215 Décisions ordinaires ◇ Les décisions ordinaires sont celles qui n'entraînent pas de modification des statuts ou qui ne portent pas agrément de nouveaux associés.

Entrent ainsi dans cette catégorie les décisions prises sur les comptes de l'exercice écoulé, qui doivent intervenir dans les six mois de la clôture de l'exercice (art. L. 223-26, al. 1) ¹ ; les autorisations données à la gérance d'accomplir tel ou tel acte en application des restrictions statutaires ; la nomination ou le remplacement des gérants ², du commissaire aux comptes. Entre également dans cette catégorie l'approbation des conventions intervenues entre la SARL et l'un de ses gérants ou associés (v. *infra*, n° 218).

Toute SARL est tenue sous peine d'amende (art. R. 247-3) de déposer au greffe du tribunal de commerce dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée des associés, les comptes annuels, le rapport de gestion, les rapports des commissaires aux comptes, la proposition d'affectation des résultats soumis à l'assemblée et la résolution d'affectation votée (art. L. 232-22) ³.

À défaut, tout intéressé ⁴ ou le ministère public peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au gérant de procéder au dépôt. Le président peut également, dans les mêmes conditions et à cette même fin, désigner un mandataire chargé d'effectuer ces formalités (art. L. 123-5-1). En outre, la loi de sauvegarde donne au président du tribunal le pouvoir d'adresser au gérant une injonction de faire à bref délai sous astreinte, ce qui lui permettra de

1. Sur la sanction du défaut de tenue de l'assemblée annuelle, Crim. 9 oct. 1989, *Rev. sociétés* 1990, 285, B. Boulloc.

2. Même s'ils sont statutaires (art. L. 223-25, al. 1).

3. En Allemagne, 90 % des SARL se refuseraient à publier leurs comptes annuels. Sur la condamnation de l'Allemagne pour ne pas avoir mis en œuvre la première directive, CJCE 29 sept. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1300, n° 389, M. Luby ; CJCE 22 avr. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 415, Y. Guyon.

4. Sur la notion d'intéressé, Com. 15 juin 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 133, D. Vidal ; *Rev. sociétés* 1999, p. 607, Ph. Fortuit ; *Bull. Joly* 1999, p. 1013, n° 238, J.-M. Bahans ; *JCP E* 2000, p. 30, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1999, p. 876, Cl. Champaud et D. Danet ; Dijon 23 oct. 2001, *JCP E* 2002, n° 348.

procéder à des investigations en cas d'injonction infructueuse (art. L. 611-2, II et R. 611-13 s.). Le non dépôt des comptes est en effet souvent un indice des difficultés financières de l'entreprise. Le président de la juridiction consulaire peut ainsi entreprendre une démarche de prévention ¹.

Dans les assemblées ou lors des consultations écrites, les décisions ordinaires sont adoptées par un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié des parts sociales (art. L. 223-29, al. 1) ² et aucun quorum n'est exigé ³. Si, lors d'une première assemblée ou d'une première consultation, cette majorité n'est pas obtenue, et sauf stipulation contraire des statuts, les associés sont, selon les cas, convoqués ou consultés une seconde fois, et les décisions sont alors prises à la majorité des votes émis, quel que soit le nombre des votants (art. L. 223-29, al. 2) ⁴.

Les statuts peuvent aussi prévoir que les décisions ordinaires seront prises à une majorité plus élevée que celle indiquée par la loi (art. L. 223-30 *a contrario*) ⁵. La solution a l'avantage de protéger les intérêts des associés lorsque l'un d'eux possède à lui seul plus de la moitié des parts sociales.

216 Décisions extraordinaires ◇ Les décisions extraordinaires sont celles qui entraînent une modification des statuts ⁶ ou qui ont pour objet l'agréement de nouveaux associés. Elles concernent donc notamment les modifications du capital social (v. *infra*, n° 226), le changement d'objet social ou de dénomination, le transfert du siège social ⁷, la transformation de la

1. N. Stolowy, *De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés*, JCP E 2006, 1462 ; R. M. JO déb. Ass. nat. 20 juin 2006, p. 6643, Bull. Joly 2006, p. 1097, n° 227.

2. Dans une SARL composée de deux associés, ou de deux groupes d'associés, une répartition égalitaire des parts risque d'aboutir à un blocage, faute de pouvoir atteindre la majorité absolue (moitié plus une des parts sociales). Cette répartition est donc à éviter. V. par ex. Com. 31 mars 2009, D. 2009, p. 1242, R. Salomon (blocage sur l'augmentation de la rémunération du gérant). Rapp. Paris 8 juin 1994, Dr. sociétés 1994, n° 176, H. Le Nabasque ; Bull. Joly 1994, p. 1238, n° 338, P. Le Cannu ; Com. 16 juin 1998, RJDA 1998, p. 823, n° 1114 ; Rennes 4 déc. 2007, BRDA n° 22-2008, p. 2 (abus d'égalité).

3. L'établissement d'une feuille de présence n'est pas obligatoire, Paris 28 mai 1999, Bull. Joly 1999, p. 1228, n° 286, P. Le Cannu. La notion même d'assemblée et le caractère collectif de ses décisions recommandent la présence d'au moins deux associés, R.M. JO déb. AN 10 mars 1980, p. 974 ; Bull. Joly 1980, n° 73, p. 124. Mais l'assemblée qui ne se tiendrait qu'avec un seul associé n'en serait pas moins valable, art. L. 223-28 C. com. ; *Mémento Lefebvre* n° 5692).

4. Pour éviter le risque d'une majorité relative de hasard, il vaut mieux prévoir dans les statuts que les décisions ordinaires ne peuvent être prises qu'à la majorité absolue.

5. Sur les difficultés que peut soulever une telle clause, Com. 2 déc. 1997, Bull. Joly 1998, p. 117, n° 45, J.-F. Barbieri ; JCP E 1998, p. 660, J.-J. Daigre ; B. Mercadal et Ph. Janin, *Majorité absolue et majorité relative dans les SARL*, RJDA 1994, p. 119.

6. Paris 17 déc. 1999, RJDA 2000, p. 243, n° 292 (décisions conduisant de fait à une cessation d'activité, art. L. 237-8-3°). Le gérant peut mettre lui-même les statuts de la SARL en harmonie avec les dispositions impératives de la loi et des règlements, sous réserve de ratification par une décision des associés représentant plus des trois quarts des parts sociales depuis l'ordonnance du 25 mars 2004 (art. L. 223-18, al. 9°).

7. Depuis cette même ordonnance, la gérance peut décider le déplacement du siège social dans le même département ou dans un département limitrophe, sous réserve de ratification par une

société, les décisions de fusion ou scission. Mais la majorité requise n'est pas toujours la même :

– **La règle de principe pour les SARL constituées avant la publication de la loi du 2 août 2005** en faveur des PME, est que les modifications statutaires sont décidées par les associés représentant **au moins les trois quarts des parts sociales** ¹. Toute clause exigeant une majorité plus élevée serait réputée non écrite (art. L. 223-30, al. 2). Cependant, sur décision prise à l'unanimité des associés, ces sociétés peuvent être régies par les dispositions applicables aux sociétés constituées après la publication de la loi (al. 4).

Pour les SARL constituées après la publication de la loi du 2 août 2005, l'assemblée ne délibère valablement que si les associés présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart des parts et, sur deuxième convocation, le cinquième de celles-ci. À défaut de ce **quorum**, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans l'un ou l'autre de ces deux cas, les modifications statutaires sont décidées à la **majorité des deux tiers des parts** détenues par les associés présents ou représentés ². Les statuts peuvent toutefois prévoir des quorums ou une majorité plus élevée, sans pouvoir, pour cette dernière, exiger l'unanimité des associés (al. 3).

Cette réforme dissocie les règles de quorum des règles de majorité qualifiée et aligne les règles de majorité qualifiée sur celle des sociétés anonymes (*infra*, n° 491 s.). Elle a été justifiée par le fait que la règle des trois quarts des parts sociales était de plus en plus difficile à mettre en œuvre avec un nombre croissant d'associés ³. Cependant, les SARL comptant plusieurs dizaines d'associés demeurent rares aujourd'hui (*supra*, n° 177)...

– **L'unanimité des associés** est exigée pour transformer la SARL en SAS (art. L. 227-3), changer la nationalité de la société (art. L. 223-30, al. 1) ou pour obliger les associés à augmenter leurs engagements sociaux, par exemple si la SARL se transforme en société en nom collectif (art. L. 223-30, al. 5 ; v. *infra*, n° 230) ⁴.

– **Une double majorité**, en nombre des associés et de la majorité des parts sociales est exigée pour le consentement à donner aux cessions de parts sociales à des tiers, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte (art. L. 223-14, al. 1 ; v. *infra*, n° 220) et pour l'autorisation de nantissement de part (art. L. 223-15 ; v. *infra*, n° 224).

décision des associés représentant plus des trois quarts des parts sociales (art. L. 223-18, al. 8 ; rapp. déjà pour la SA, art. L. 225-36, *infra* n° 396).

1. Cf. J.-M. de Bermond de Vaulx, *L'abus de majorité dans une SARL, peut-il consister dans l'abandon... de cette majorité ? Dr. sociétés*, mars 1993, p. 1 (à propos d'une augmentation de capital).

2. Ces nouvelles règles s'appliquent également en cas de consultation écrite, R. M. *JO déb. A. N.* 24 janv. 2006, p. 757, D. 2006, p. 363 ; JCP E 2006, 1734, J. L. Navarro.

3. Rapport S. Poignant et L. M. Chatel, Ass. Nat. 29 juin 2005, n° 2429, p. 148.

4. Lorsque deux membres du comité d'entreprise participent à l'assemblée, en application de l'article L. 2323-67 du Code du travail modifié par la loi NRE (*supra*, n° 212), ils doivent, à leur demande, être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés.

– **La majorité simple** (associés représentant au moins la moitié des parts sociales) suffit, en principe, pour la révocation du gérant (v. *supra*, n° 188), pour l'augmentation de capital par incorporation de bénéfices ou de réserves (art. L. 223-30, al. 6 ; v. *infra*, n° 226) et pour la transformation de la SARL en SA, sous réserve que l'actif net figurant au bilan excède 750 000 € (art. L. 223-43, al. 2 ; v. *infra*, n° 230).

217 *Contrôle des conventions passées entre la société et l'un de ses gérants ou associés* ◇ La loi de 1966, dans ses articles 50 et suivants, devenus art. L. 223-19 s. C. com., a étendu aux SARL la réglementation prévue pour les SA lorsqu'une convention intervient entre la société et l'un de ses dirigeants (anciens art. L. 101 s., L. 143 s. de la loi, devenus L. 225-38 s., L. 225-86 s. C. com.). Ces conventions peuvent en effet être très désavantageuses pour la personne morale.

L'article L. 223-19 (ancien art. 50) s'applique aux conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés, même minoritaires. Il joue également pour les conventions passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la SARL (al. 5).

Les dispositions de l'art. L. 223-19 ne sont cependant pas applicables aux conventions portant sur des **opérations courantes et conclues à des conditions normales** (art. L. 223-20). L'exception rejoint logiquement celle qui existe en matière de SA (art. L. 225-39 ; L. 225-87) ¹.

À l'inverse, échappent au contrôle, parce qu'elles sont **interdites** en raison de leur danger pour la société, certaines conventions énumérées par l'article L. 223-21. À peine de nullité du contrat, les gérants ou associés, sauf s'il s'agit de personnes morales ², ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants ne peuvent pas directement ou par personne interposée ³, contracter des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ⁴ ou autrement, ni faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers ⁵. L'interdiction s'applique également aux représentants légaux des personnes morales associées (art. L. 223-21, al. 1).

1. Cependant, ne sont pas étendues aux SARL les nouvelles contraintes imposées aux SA pour ces conventions (cf. art. L. 225-39, L. 225-87, L. 225-115 6°, *infra*, n° 400).

2. Cette disposition, introduite par la loi du 5 janv. 1988, tend à faciliter la mise en place de pools de trésorerie dans les groupes de sociétés parmi lesquels figurent des SARL.

3. Com. 23 janv. 1989, *Dr. sociétés* n° 4, avr. 1990, p. 6. Rapp. Paris 4 févr. 1987, *Rev. sociétés* 1987, 284, Y.G.

4. Aix 7 févr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1217, n° 395, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1993, n° 15, H. Le Nabasque.

5. L'article L. 223-21 est limité aux seuls engagements personnels, Com. 25 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 208, p. 148 ;

La nullité est absolue : la prescription est de cinq ans depuis la loi du 17 juin 2008 (art. 2224 C. civ.) et peut être soulevée par tout intéressé ¹.

Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales (art. L. 223-21, al. 2).

218 Procédure ◇ La procédure de contrôle de l'article L. 223-19, calquée sur celle des articles L. 225-38 et suivants tient compte des particularités de la SARL ².

La convention qu'un gérant non associé envisage de passer avec sa société, doit, s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, faire l'objet d'une autorisation préalable de l'assemblée des associés (art. L. 223-19, al. 2) ³.

Mais dans tous les autres cas, aucune autorisation préalable n'est requise. Le déroulement des opérations est le suivant :

- Si la société a un commissaire aux comptes, le gérant doit aviser celui-ci de la convention intervenue dans le délai d'un mois à compter de sa conclusion (art. R. 223-16, al. 1) ⁴.

- Le gérant ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes établit un rapport (art. L. 223-19, al. 1) contenant certaines mentions (art. R. 223-17) :

l'énumération des conventions soumises à l'approbation des associés ; le nom des gérants ou associés intéressés ; la nature et l'objet desdites conventions ; les modalités essentielles de ces conventions (prix, tarifs pratiqués ; ristournes et commissions consenties ; délais de paiement accordés, intérêts stipulés, sûretés conférées...) ; l'importance des fournitures livrées ou des prestations de service fournies ainsi que le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions passées au cours d'exercices antérieurs et poursuivies au cours du dernier exercice.

- Ce rapport spécial est présenté à l'assemblée ⁵ ou, en cas de consultation écrite, joint aux documents adressés aux associés (art. L. 223-19, al. 1).

- Les associés statuent sur ce rapport et approuvent ou non les conventions. Cependant le gérant ou l'associé intéressé ne peut pas prendre part au vote (ne pouvant être à la fois juge et partie) et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité (art. L. 223-19, al. 1).

1. Com. 25 avr. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1024, n° 209, J. Cl. Hallouin ; *Rev. sociétés* 2006, p. 818, R. Routier ; *Dr. sociétés* 2006, 109, J. Monnet.

2. Les dispositions des art. L. 225-38 s. ne sont applicables qu'aux sociétés anonymes. Il n'y a donc pas lieu de les transposer au cas des SARL, ni de les combiner avec les règles qui s'appliquent aux SARL lorsque seules des sociétés à responsabilité limitée sont concernées, *R.M. JO déb. AN* 25 août 1986, p. 2850 ; *Rev. sociétés* 1986, 661.

3. Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 523, n° 178, B. Saintourens.

4. Lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une convention conclue au cours d'exercices antérieurs et poursuivie au cours du dernier exercice, le commissaire aux comptes doit être informé de cette situation dans le délai d'un mois à compter de la clôture de l'exercice (art. R. 223-16, al. 2).

5. Il a été cependant jugé que l'absence de communication de ce rapport spécial n'était pas une cause de nullité de l'assemblée, Paris 23 avr. 1985, *RJ com.* 1986, p. 143, P. Le Cannu.

Les conventions non approuvées ne sont pas nulles ¹. Seules les conséquences du contrat préjudiciables à la SARL seront à la charge du gérant ², et, s'il y a lieu, de l'associé contractant, la responsabilité pouvant être individuelle ou solidaire (art. L. 223-19, al. 4). Cette solution, favorable au rééquilibrage du contrat, a été affirmée avec force par la Cour de cassation :

« Les conventions passées avec des tiers ou ne concernant que les associés et le gérant qui n'ont pas été approuvées par les associés, soit qu'elles ne leur aient pas été soumises, soit qu'elles aient été rejetées par eux, soit encore qu'elles aient été approuvées dans des conditions irrégulières, produisent leurs effets à charge pour le gérant ou l'associé contractant de supporter individuellement ou solidairement, selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société » ³.

L'action en responsabilité doit être intentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de la convention ou, si elle a été dissimulée, de sa révélation (art. L. 223-23) ⁴.

C. Les parts sociales

219 Régime juridique ◇ La situation de la SARL, entre la société anonyme et la société en nom collectif, explique le régime des parts sociales détenues par les associés ⁵. Il est interdit à une telle société d'émettre des valeurs mobilières, sauf des obligations (*infra*, n° 227-1) ; à peine de nullité de l'émission (art. L. 223-11, al. 1) ⁶ et de sanctions pénales (art. L. 241-2). C'est dire que les droits des associés, les parts sociales, ne peuvent pas être représentés par des titres négociables (art. L. 223-12). En pratique, les droits de chaque associé résultent des statuts, sans création matérielle de titres. Bien que la SARL soit dominée par l'*intuitus personae*, l'associé a le droit de louer, céder et transmettre ses parts sociales.

1. Cependant, la société pourrait demander la nullité pour toute cause d'annulation des contrats, Com. 22 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 988, n° 226, F. X. Lucas (cause illicite). V. pour une action en nullité intentée par le gérant de la société pour abus de majorité et sur le point de départ de la prescription, Com. 21 janv. 1997, *JCP E* 1997, II, 965, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1997, p. 527, B. Saintourens ; D. 1998, p. 64, I. Krimmer ; *Bull. Joly* 1997, p. 312, n° 125, P. Le Cannu (convention d'assistance dans un groupe).

2. Agen 3 avril 2007, *BRDA* n° 2 - 2008, p. 3.

3. Com. 28 juin 1988, *Rev. sociétés* 1988, 544 ; *Rev. droit bancaire* 1989, 76, M. Jeantin et A. Viandier ; Com. 10 déc. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 311, n° 124, J.-J. Daigre ; Versailles 9 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 43, n° 12, C. Priéto ; Paris 28 mai 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1228, n° 286, P. Le Cannu (vote irrégulier de l'assemblée, mais convention sans conséquences dommageables pour la société).

4. Com. 21 janv. 1997, préc.

5. Cf. Ph. Reigné et Th. Delorme, *Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire*, D. 2002, p. 1330.

6. Une SARL ne peut non plus garantir une émission de valeurs mobilières, sauf si l'émission est faite par une société de développement régional (SDR) ou s'il s'agit d'une émission d'obligations bénéficiant de la garantie subsidiaire de l'État (art. L. 223-11 al. 2 C. com.).

La **location de parts sociales** (ou leur **crédit-bail**) a été instaurée par la loi du 2 août 2005 afin de faciliter la transmission et la reprise des petites et moyennes entreprises à des personnes disposant de moyens financiers limités (art. L. 239-1 s.)¹. Les mentions devant figurer dans le contrat sont fixées par l'article R. 239-1. À défaut, le bail serait nul (al. 1^{er}).

La **cession de parts** obéit aux mêmes *règles de forme* et de publicité que la cession de parts de sociétés en nom collectif (art. L. 223-17, v. *supra*, n° 155)². Elle doit donc être constatée par écrit (sous seing privé ou notarié)³ mais dans les rapports entre parties, la cession est parfaite dès l'accord des volontés⁴. La cession n'est **opposable à la société** qu'après accomplissement des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil⁵. Toutefois, la signification par huissier peut être remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt (art. L. 221-14, al. 1^{er}). La Chambre commerciale a, en outre, adopté une interprétation souple du texte en validant une ratification de la cession par adoption des statuts⁶.

Pour être **opposable aux tiers**, il faut de plus qu'elle fasse l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés (art. R. 223-13 et R. 221-9)⁷. Cependant, la Chambre commerciale et la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation admettent que, même si l'acte de cession n'a pas été déposé au

1. La location est également possible pour les actions. Voyez pour la présentation plus détaillée, *infra*, n° 285-1.

2. T. com. Paris 18 sept. 2001, *Dr. sociétés* 2003, n° 14, J. Monnet (nullité de la cession pour absence de notification du projet aux associés et nullité de l'assemblée dans laquelle le cessionnaire a siégé).

3. Com. 19 mai 1987, *JCP E* 1987, II, 16959, n° 20, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 8 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 192, n° 56, P. Le Cannu. Sur le délit d'abus de blanc-seing en cas de cession en blanc, Crim. 11 juill. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 662, n° 214, P. Le Cannu ; Crim. 11 mai 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1067, n° 345, B. Bouloc ; Paris 11 mai 1993, *Gaz. Pal.* 23 déc. 1993, J.-P. Marchi ; *RTD com.* 1994, p. 65, Y. Reinhard (cession d'actions en blanc). Sur le devoir de conseil du notaire en qualité de rédacteur de l'acte, Civ. 1^{re}, 17 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 156, n° 41, P. Le Cannu. Sur celui de l'avocat, conseil des deux parties, J. P. Chiffaut-Moliard, *La périlleuse solitude du rédacteur d'un projet d'acte juridique*, *RJDA* 2009, p. 263 (à propos de Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008). Cf. égal. note C. Jamin, *D.* 2009, p. 706.

4. Com. 10 mars 1992, *JCP E* 1992, II, 319, Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1992, p. 732, R. Libchaber ; Paris 17 sept. 2004, *BRDA* n° 24-2004, p. 4 (accord de volontés non équivoque, alors que l'acte de cession n'a pas été signé). Sur les effets d'une promesse unilatérale de vente, Paris 5 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 305, n° 93, F. Bénac-Schmidt ; Com. 1^{er} juin 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 186, H. Le Nabasque.

5. Bibliog. thématique in *Rev. sociétés* 2008, p. 235 ; C. Youego, *L'opposabilité de la cession des parts sociales à la SARL*, *Dr. sociétés* juin 2002, p. 4 ; Com. 7 juill. 2004, *Dr. sociétés* 2004, n° 173, J. Monnet (notification à chacun des associés).

6. Com. 3 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 811, n° 195, P. Le Cannu ; *JCP E* 2000, p. 1809, A. Viandier et J. J. Caussain ; *D. aff.* 2000, p. 282, A. Lienhard. V. dans le même sens, Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 35, n° 10, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 2008, p. 348, N. Mathey. La 3^e Chambre civile s'en tient toutefois à une interprétation stricte de l'article 1865 C. civ., Civ. 3^e, 11 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 66, n° 20, D. Pardoel ; *Dr. sociétés* 2001, n° 4, Th. Bonneau ; *D. aff.* 2000, p. 408, M. Boizard ; *RTD com.* 2001, p. 163, M.H. Monsérié-Bon.

7. Com. 23 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 632, n° 261.

greffe, une cession de parts est opposable aux tiers dès lors qu'ont été publiés les statuts mis à jour constatant cette cession ¹.

En régime de communauté, les parts sociales dépendant de cette communauté ne peuvent être aliénées que du consentement des deux époux, à peine de nullité (art. 1424 C. civ.) ². Lorsqu'il s'agit d'acquérir des parts, l'époux ne peut pas employer de biens communs sans en avertir son conjoint, sous peine de nullité de l'acquisition (art. 1832-2, al. 1 C. civ.) ³ ; mais si ces parts sont acquises pour le prix symbolique d'un franc par le mari seul, il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu d'en déterminer le caractère personnel ou commun ⁴.

Le prix de cession des parts sociales est librement déterminé par les parties ⁵.

Sur le plan fiscal, la cession de parts sociales est en principe soumise à un droit d'enregistrement de 3 % sur la fraction supérieure à 23 000 € (art. 726 CGI) ⁶.

Par ailleurs, la cession par un associé de tout ou partie de ses droits sociaux entraîne la taxation à l'impôt sur le revenu, quelle que soit la participation du cédant dans le capital de la SARL, au taux de 30,1 % ⁷ de l'excédent du prix de cession sur le prix d'acquisition (art. 150-OA-I-1, al. 1 CGI) ⁸.

En revanche, en ce qui concerne les SARL soumises à l'impôt sur les sociétés, dans l'hypothèse où les parts, détenues directement ou indirectement par le cédant avec son conjoint, leurs ascendants et descendants, ont dépassé ensemble 25 % des

1. Com. 18 déc. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 287, n° 62, P. Le Cannu ; *JCP E* 2008, 1437, M. Roussille ; *Rev. sociétés* 2008, p. 348, N. Mathey ; 3° Civ. 25 avril 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1085, n° 297, *Avis Avoc. gén.* O. Guérin ; note J. P. Garçon ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 845, N. Mathey.

2. Civ. 1^{re}, 28 févr. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 94, Th. Bonneau ; Civ. 1^{re}, 20 janv. 1998, *BRDA* n° 6-1998, p. 4 (nullité relative) ; Paris 28 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1230, n° 335, G. Lesguillier ; *Dr. sociétés* 1994, n° 175, H. Le Nabasque ; *JCP E* 1995, I, 447, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain (retenant également la responsabilité du rédacteur de l'acte). Sur le jeu de la présomption de communauté de l'article 1402, Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 160, Th. Bonneau. Sur le point de savoir si l'époux commun a la qualité d'associé, 3° Civ. 20 févr. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 718, n° 162, F. X. Lucas ; C. Barreau, *L'apport en société d'une valeur commune*, Thèse Rennes 1988.

3. Versailles 14 oct. 1999, *BRDA* n° 2-2000, p. 3.

4. Civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 655, n° 229, A. Couret ; F. Dekeuwer-Defossez, *L'acquisition des droits sociaux pour un prix symbolique*, *Dr. et patr.*, juin 1995, p. 35.

5. Sur la notion de prix déterminable, cf. note A. Couret, sous Com. 5 déc. 2000, 16 janv. 2001, 13 févr. 2001 (2° esp.) *Bull. Joly* 2001, p. 391, n° 97 ; sur une nullité pour vileté du prix, Rennes 3 juill. 2002, *JCP E* 2003, p. 933, n° 837. Le paiement effectif de la totalité du prix d'acquisition ne peut pas constituer une condition suspensive potestative de la vente, Com. 24 sept. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1320, n° 279, Th. Jacomet.

6. Concernant le droit dû sur la cession des parts de SARL, v. *supra* n° 175.

7. Ce taux se décompose comme suit : 18 % de taux de base (article 200 A-2 CGI) auquel s'ajoutent les divers prélèvements sociaux pour un montant global de 12,1 % (les non résidents n'en sont pas redevables). V. Décret n° 2000-1190 du 5 déc. 2000 : *Dr. fisc.* 2000, n° 52, p. 1754. L'année d'imposition à retenir, dès lors que les actes de cession des parts n'ont pas été portés à la connaissance de l'administration fiscale, est celle de la publicité de l'opération au RCS : CAA Nantes 26 mai 2004, *Gabard*, *RJF* 11/04, n° 1096.

8. Cette imposition ne s'applique que lorsque le montant des cessions excède, par foyer fiscal, 25 730 € par an ; en-deçà de ce seuil, l'excédent (la plus-value) est exonéré. En revanche, au-delà de ce seuil, c'est la totalité de la plus-value qui est imposée, et non uniquement celle afférente à la fraction des cessions supérieure à 25 730 € (*infra* n° 315-1).

bénéfices sociaux de la SARL à un moment quelconque au cours des cinq dernières années, la plus-value dégagée lors de la cession de ces droits, pendant la durée de la société, à l'un des membres du groupe familial (tel que défini ci-dessus), est exonérée si tout ou partie de ces droits sociaux n'est pas revendu à un tiers dans un délai de cinq ans (art. 150 OA-I-3 CGI) ¹.

Les effets de la cession sont ceux d'une vente, et le cessionnaire est subrogé dans tous les droits attachés aux parts qu'il a acquises à compter du jour où la cession est opposable à la société ². Pour éviter tout litige concernant le sort des dividendes ³ l'acte de cession prévoit généralement que le cessionnaire aura seul droit à toutes les répartitions qui pourraient intervenir postérieurement à la cession. Quant au cédant, il est tenu à la garantie de son fait personnel ⁴ et à la garantie des vices cachés. Le vice doit être de nature à rendre les parts sociales impropres à leur destination, ce qui en pratique sera très rare ⁵. De plus, la jurisprudence n'admettait que rarement que la cession fût annulée sur la base d'un vice de consentement du cessionnaire ⁶. Une évolution plus libérale semble cependant se dessiner ⁷.

1. À défaut, la plus-value est imposée au nom du premier cédant au titre de l'année de la revente des droits au tiers. Concrètement, l'exonération n'est pas remise en cause si les titres sont cédés, à titre onéreux ou gratuit, dans les cinq ans, à un autre membre du groupe familial du premier cédant. Mais, dans le cas où ne serait-ce qu'une partie des parts sociales serait cédée à un tiers pendant ce délai, le premier cédant serait alors imposable sur la totalité de la plus-value qu'il avait réalisée (*infra* n° 315-1).

2. En application de l'article 1165 C. civ., le cessionnaire ne succède pas de plein droit aux obligations personnelles de son auteur, Com. 1^{er} avr. 1997, *D. aff.* 1997, p. 614. La cession des parts n'entraîne pas le transfert du compte-courant d'associé, Com. 7 janv. et 4 mars 1997, *RTD com.* 1997, p. 273, Cl. Champaud et D. Danet.

3. V. par ex. pour une SA, Lyon, 23 févr. 1984, *D.* 1985, p. 127, H. Croze et Y. Reinhard ; Com. 23 oct. 1984, *Rev. sociétés* 1986, p. 97, J.-J. Daigre.

4. Cf. par ex. Com. 12 déc. 1972, *Rev. sociétés* 1973, p. 306, B. Oppetit ; Com. 25 janv. 1983, *JCP G* 1984, II, 20180, A. Viandier ; Com. 26 mars 1985, *D.* 1285, p. 480, Y. Serra (non-concurrence). Sur l'exclusion de la garantie d'éviction, Com. 10 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 800, n° 215, J.-F. Barbieri ; Paris 8 mars 1994, *RJDA* 1994, p. 640, n° 811.

5. Civ. 3^e, 12 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 422, n° 86, A. Couret ; *Dr. sociétés* 2000, n° 69, Th. Bonneau. La révélation d'un passif fiscal, qui n'affecte pas l'usage des parts sociales elles-mêmes mais seulement leur valeur, ne constitue pas un vice caché des droits sociaux cédés au sens de l'article 1641 du Code civil, Com. 23 janv. 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 248, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1990, p. 370, n° 115, M. Jeantin ; *JCP E* 1990, II, 15838, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain.

6. Cf. par ex. Com. 3 avr. 1979, *Rev. sociétés* 1980, 723, E. du Pontavice ; Crim. 9 août 1989 *Rev. sociétés* 1990, 63, B. Boulloc (faux bilan, escroquerie) ; Paris 9 juill. 1987, *JCP E* 1988, II, 15168, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain. Mais la demande est le plus souvent déclarée mal fondée, V. Com. 4 juin 1985, *Bull. Joly* 1985, p. 787, n° 259-1 ; Com. 6 janv. 1987, *Rev. sociétés* 1987, 597, D. Randoux (valeur négative indifférente) ; Com. 26 avr. 1988, *JCP E* 1988, II, 15292, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 11 oct. 1984, *JCP* 1985, II, 20499, A. Viandier. Cf. pour une hypothèse d'escroquerie, Crim. 18 janv. 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 576, B. Boulloc ; pour l'admission du dol, Com. 12 oct. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1243, n° 372 ; Paris 19 oct. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1244, n° 373, A. Couret ; Paris 25 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1226, n° 398, F. Bénac-Schmidt ; Paris 8 juin 1990, *JCP E* 1991, I, 22, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1990, 409, 3^e esp., Y. Guyon (remise de documents sociaux erronés). V. égal. sur une nullité pour illicéité de la cause, 3^e Civ. 10 mai 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1362, n° 356, J. P. Garçon.

7. V. par exemple Com. 17 oct. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 35, n° 6, M. Jeantin (nullité pour erreur sur les qualités substantielles) ; Com. 29 oct. 2003, *BRDA* n° 23 - 2003, p. 3 (nullité pour

Selon certains arrêts, le cédant doit fournir au cessionnaire tous renseignements nécessaires à son information sur l'importance du passif qui grève la société. À défaut de respect de cette *obligation de renseignement* de manière intentionnelle, le dol peut être retenu, entraînant ainsi l'annulation de l'acte de cession ¹. La jurisprudence a développé depuis quelques années une **obligation de loyauté** à l'égard des dirigeants, qu'ils soient cédants ou cessionnaires ².

C'est pourquoi, lorsque la cession porte sur une quotité importante du capital social, il est devenu d'usage d'insérer une *déclaration* sur la consistance des actifs et une *clause de garantie de passif* par laquelle le cédant s'engage à prendre à sa charge toutes les dettes, notamment fiscales et sociales, nées avant la date de cession, qui se révéleraient postérieurement ³.

La cession de parts sociales a, en principe, un caractère civil ⁴ ; mais la jurisprudence lui reconnaît systématiquement un caractère commercial dès lors qu'elle confère à l'acquéreur le contrôle de la société ⁵. Cette qualification entraîne l'application des règles du droit commercial en matière de preuve et de solidarité.

Que la cession soit de nature civile ou commerciale, tout litige né à l'occasion d'une cession de parts sociales relève cependant de la **compétence** des tribunaux de commerce en application de l'art. L. 721-3, 2° ⁶.

L'originalité de la réglementation tient aux **conditions de fond** qui doivent être réunies (art. L. 223-13 s.). Elles varient en fonction de la qualité du cessionnaire, le cédant ne devant pas rester prisonnier de son titre. Mais, en pratique, l'associé qui veut quitter la société devra d'abord trouver un acquéreur de ses parts sociales, et le marché est généralement inexistant...

220 Cession à un tiers étranger à la société ◇ L'article L. 223-14 a instauré une procédure lourde mais équilibrée, qui permet de concilier le caractère fermé de la SARL avec l'idée que le cédant ne doit pas rester prisonnier de son titre dès lors qu'il a trouvé un acquéreur.

erreur) et *infra*, n° 655-1. Sur les conséquences d'une annulation de cession de parts, Chambéry 3 juill. 2007, JCP E 2008, 1022, J. Monnet.

1. Paris 14 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1036, n° 299, J.-J. Daigre. Cf. égal. P. Mousseron, *L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle*, JCP E 1994, I, 362.

2. Com. 6 mai 2008, JCP E 2008, 1787 et M. Roussille, *De la réticence dolosive du dirigeant en matière de cession de droits sociaux ; quand déloyauté rime avec sévérité*, JCP E 2009, 1631.

3. V. *infra*, n° 655, et sur la fiscalité des garanties de passif, n° 655-1.

4. Com. 11 oct. 1971, D. 1972, p. 688, F. Grivart de Kerstrat ; Paris 17 oct. 1960, D. 1961, p. 199, J. Hémard ; Dijon 27 nov. 1990, *Dr. sociétés*, 1991, n° 434 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 124, Y.G. (nullité d'une clause compromissoire).

5. Com. 28 nov. 1978, D. 1980, p. 316, J. Cl. Bousquet ; Paris 22 sept. 1999, *RJDA* 1999, p. 1080, n° 1339 ; Com. 28 avr. 1987, *Rev. sociétés* 1987, 391, J. Cl. Bousquet ; Com. 11 juill. 1988, *RTD com.* 1989, p. 249, n° 11, Cl. Champaud et P. Le Floch. Cf. *infra*, n° 654.

6. Com. 10 juill. 2007, D. 2007, p. 2041, A. Lienhard ; Com. 12 févr. 2008, *BRDA* n° 5-2008, p. 2. V. également la nouvelle rédaction donnée à l'article 2061 du Code civil par la loi NRE : la clause compromissoire est en principe valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.

Cette cession faisant entrer un nouvel associé dans la SARL, un agrément est indispensable. Il doit être donné par la majorité des associés, représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte (al. 1 nouv.)¹.

L'associé désirant céder ses parts doit notifier son projet² par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. R. 223-11, al. 1^{er}) non seulement à la société mais à chacun des associés³.

Si la cession était réalisée sans que le projet ait été notifié à la société et aux associés, elle serait nulle⁴. La nullité pour violation de l'article L. 223-14 se prescrit par trois ans⁵.

Dans le délai de huit jours à compter de la notification, le gérant doit convoquer l'assemblée des associés⁶ pour qu'elle délibère sur le projet de cession ou, si les statuts le permettent, consulter les associés par écrit (art. R. 223-12, al. 1^{er}). Aucune disposition légale n'interdit au cédant de participer à la consultation. Plusieurs hypothèses doivent alors être distinguées,

1. Avant l'ordonnance du 25 mars 2004, la majorité des associés devait représenter au moins les trois quarts des parts sociales et cette double majorité était d'ordre public.

2. Les textes n'interdisent pas que la notification soit faite par le cessionnaire, Com. 26 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 681, n° 243, B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 1996, p. 799, Y. Chartier ; *JCP E* 1996, II, 884, E. Jeuland ; *RTD com.* 1996, p. 475, Cl. Champaud et D. Danet.

3. Paris 25 avr. 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 131, D. Vidal ; *D. aff.* 1997, p. 771.

4. Com. 21 mars 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 77, Y. Chartier ; *Bull. Joly* 1995, p. 526, n° 186, P. Le Cannu ; *JCP E* 1995, I, 475, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain. V. déjà Com. 9 mai 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 653, n° 182, P. Le Cannu (admettant la possibilité d'une régularisation) ; Montpellier 4 nov. 2008, *JCPE* 2009, 1687, D. Gallois-Cochet (arrêt n'admettant pas la confirmation). Le cédant ne peut pas demander la nullité pour non-respect de la procédure d'agrément de parts de SCI, Civ. 3^e, 6 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 299, n° 79, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2001, n° 39, Th. Bonneau. Rapp. Civ. 3^e, 19 juill. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1083, n° 270, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2000, n° 168, Th. Bonneau. V. cependant en faveur de l'inopposabilité, Paris 25 avr. 1997, préc. ; *Dr. sociétés* 1997, n° 131, D. Vidal ; *D. aff.* 1997, p. 771. Sur la responsabilité du conseil, rédacteur de l'acte, Paris 26 févr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 547, n° 175, P. Le Cannu ; Paris 16 avr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 826, n° 289, A. Couret (défaut du conseil d'un avocat sur les conséquences fiscales). Cependant, depuis la loi *Madelin* (art. L. 223-27 al. 1 C. com.), les décisions collectives peuvent résulter du consentement de tous les associés exprimés dans un acte (*supra*, n° 213). Rien ne s'oppose donc à ce que soient constatés dans un même acte la cession de parts et l'agrément de cette cession par les associés ; cf. B. Saintourens sous Com. 26 mars 1996, préc. in *Bull. Joly* 1996, p. 681, n° 243. Sur le régime fiscal de l'indemnité perçue en contrepartie de l'abandon de toute poursuite en nullité de la cession, CAA Nantes 11 juin 2007, *SA Aviculteur Briochin*, *RJF* 1/08, n° 9 (une telle indemnité ne répare pas un préjudice, mais constitue la contrepartie de la renonciation à exercer le droit de préemption attaché aux parts inscrites à l'actif, assimilable à la cession d'un élément d'actif imposable dans les conditions de droit commun).

5. Com. 9 nov. 1993, *D.* 1994, p. 435, D. Velardocchio ; *Rev. sociétés* 1994, p. 472, J.-P. Legros ; *Dr. sociétés* 1994, n° 32, H. Le Nabasque ; *JCP E* 1994, I, 363, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain (anc. art. L. 367). Toutefois, si la nullité était fondée sur une irrégularité intervenue dans les relations entre le cédant et le cessionnaire (par ex. dol), le délai de prescription serait alors de cinq ans, Paris 16 janv. 2001, *Rev. sociétés* 2001, p. 133, Y. Guyon.

6. Sur les conséquences du défaut de convocation de l'assemblée par le gérant, Com. 26 janv. 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 422, B. Saintourens ; *Bull. Joly* 1993, p. 462, n° 131, A. Couret ; *JCP E* 1993, I, 250, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain.

la décision de la société étant notifiée au cédant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. R. 223-12, al. 2) :

a) Si le cessionnaire obtient la double majorité, il est expressément agréé. Il devient associé. De même, si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière des notifications prévues, la cession est autorisée tacitement (art. L. 223-14, al. 2).

b) Si le cessionnaire n'obtient pas la double majorité, l'agrément n'est pas donné ¹ mais le cédant ne doit pas pour autant rester prisonnier de la société ². C'est pourquoi il peut obliger ses associés à acheter ou faire acheter les parts pour lesquelles il avait trouvé preneur ³. Toutefois, le cédant ne peut se prévaloir de ce droit que s'il détient ses parts depuis au moins deux ans, sauf le cas où il les aurait recueillies par succession, liquidation ou donation du conjoint, d'un ascendant ou d'un descendant (art. L. 223-14, al. 6). La loi prévoit plusieurs possibilités :

– Les associés peuvent acquérir les parts, ou les faire acquérir par des tiers qu'ils désignent et qui ont leur agrément, dans un délai de trois mois à compter du refus. Sur requête du gérant, ce délai peut être prorogé de six mois au maximum par ordonnance du président du tribunal de commerce (art. R. 223-11, al. 2). Si le prix de cession ne peut être fixé à l'amiable, il devra être déterminé dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil (art. L. 223-14, al. 3) ⁴, c'est-à-dire par un expert désigné par les parties ⁵ ou, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés et sans recours possible ⁶. Depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, si le cédant estime que le prix fixé par l'expert est trop bas, il peut désormais, grâce à son **droit de repentir**, renoncer à la cession de ses parts (art. L. 223 – 14, al. 3) ⁷.

1. Un agrément partiel équivaut à un refus d'agrément, Com. 11 févr. 1980, *Rev. sociétés* 1980, p. 477, D. Schmidt.

2. Mais, s'il le souhaite, le cédant, en cas de refus d'agrément, n'est pas tenu de céder ses parts ; il dispose d'un droit de repentir ; Com. 27 oct. 1992, *Rev. dr. bancaire* 1993, p. 47, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *Dr. sociétés* 1992, n° 257, H. Le Nabasque.

3. Dès lors que l'offre faite par le cédant est acceptée par un coassocié, elle vaut vente et le droit de repentir ne peut plus s'exercer, Com. 9 avr. 1991, *JCP E* 1992, I, 120, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain. Rapp. Paris 4 oct. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 1131, n° 393, P.L.C. (effet de la levée d'option).

4. Com. 28 sept. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 393, J. Chartier. Depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, il est possible de prévoir un autre mode de fixation du prix, par exemple l'accord unanime des associés.

5. Sur les conséquences de l'attitude du cédant qui n'a pas manifesté la volonté de s'en remettre à l'avis de l'expert désigné, Com. 4 juill. 2006, *Rev. sociétés* 2006, p. 80, J. F. Barbieri ; *Dr. sociétés* 2006, n° 164, J. Monnet.

6. Les frais d'expertise sont à la charge de la société (art. L. 223-14, al. 3).

7. Com. 4 juill. 2006, *RTD com.* 2007, p. 158, Cl. Champaud et D. Danet. V. sur la situation antérieure, Ph. Merle, *Refus d'agrément et droit de repentir dans les SARL*, *RJDA* 1993, p. 3. Sur les éléments à prendre en compte pour déterminer la valeur des parts sociales, Com. 21 oct. 1997, *Rev. dr. bancaire* 1997, p. 240, M. Germain et M.A. Frison-Roche. Sur les conditions auxquelles l'estimation de l'expert pourrait être remise en cause, cf. Douai, 24 févr. 1983, *Rev. sociétés* 1983, 337, D. Randoux ; Com. 9 avr. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 139, p. 100 (erreur grossière). Sur la

– La société peut également décider, dans le même délai, de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts de l'associé cédant et de les racheter elle-même dans les conditions de l'article 1843-4 C. civ. Cette solution suppose cependant l'accord du cédant à cause des lourdes conséquences fiscales qui y sont attachées ¹. Sur justification, un délai de paiement de deux ans au maximum peut être accordé par le président du tribunal de commerce. Les sommes dues portent alors intérêt aux taux légal (art. L. 223-14, al. 4).

– Si à l'expiration du délai imparti, aucune de ces solutions n'est intervenue, l'associé cédant peut réaliser la cession initialement prévue (art. L. 223-14, al. 5), mais il n'est pas fondé à exiger le rachat des parts sociales par la société ².

221 Cession à un associé ◇ Le principe est que les parts sociales sont librement cessibles entre associés (art. L. 223-16, al. 1). En effet, cette cession ne porte pas atteinte au caractère fermé de la société. Mais pour éviter qu'à l'occasion de ce type de cession, un bouleversement survienne dans la répartition des parts avec pour corollaire, un renversement de majorité ou une prise de contrôle, les statuts peuvent toujours prévoir une clause limitant cette libre cessibilité (art. L. 223-16, al. 2). En ce cas, les dispositions de l'article L. 223-14 concernant la cession à des tiers (*supra*, n° 220) sont applicables, pour que le cédant ne reste pas prisonnier de ses parts, mais on peut prévoir une majorité réduite ou des délais plus courts.

222 Cession entre conjoints ou entre ascendants et descendants ◇ Cette cession s'opérant entre des personnes ayant un lien de famille très étroit, il n'y a pas véritablement atteinte au caractère fermé de la société. La liberté de cession est absolue, si le conjoint, l'ascendant ou le descendant cessionnaire est déjà associé ³. En revanche, s'il ne l'est pas, les statuts peuvent prévoir qu'il ne le deviendra qu'après avoir été agréé dans les conditions prévues pour les tiers (*cf.* art. L. 223-13, al. 2) mais les délais accordés à la société pour se prononcer ne peuvent être plus longs que ceux

répartition des compétences entre le tribunal arbitral et l'expert, Paris 10 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 617, n° 218, J.H. Moitry ; Paris 21 mai 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 830, n° 291 et J.-J. Daigre, *id.*, p. 789, n° 277. *Cf.* égal D. Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ 1993, préf. B. Oppetit.

1. Le rachat des parts est assimilé à un revenu distribué. V. *infra*, n° 280-1.

2. Com. 29 nov. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 379, p. 318.

3. Com. 28 oct. 1974, *D.* 1975, p. 209, Y. Guyon, *Rev. sociétés* 1975, 251, D. Randoux (à propos d'une transmissibilité de parts à un héritier). Cette solution interdit d'exercer un contrôle sur la répartition des parts dès lors qu'une cession intervient au profit d'un conjoint, d'un ascendant ou d'un descendant déjà associé. On peut se demander si elle n'est pas contraire à l'art. L. 223-16 al. 2 qui permet de contrôler les cessions entre associés, grâce à une disposition statutaire, sans faire de distinction.

prévus à l'article L. 223-14 et la majorité exigée ne peut être plus forte que celle prévue par ce texte ¹.

223 Transmission des parts ◇ La SARL n'étant pas une société de personnes n'est pas dissoute par le décès de l'un de ses associés, sauf stipulation contraire des statuts (art. L. 223-41, al. 2 ; v. *infra*, n° 229). L'ordonnance du 25 mars 2004 est venue laisser plus de liberté aux statuts pour régler la situation au cas de décès d'un associé (art. L. 223-13, al. 3 à 5) ².

En effet, les statuts peuvent stipuler que la SARL continuera avec l'héritier de l'associé décédé ou seulement avec les associés survivants. En ce cas, ou si l'agrément est refusé à l'héritier, celui-ci a droit à la valeur des droits sociaux de son auteur (al. 3).

Il peut aussi être stipulé que la société continuera, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts ou, si ceux-ci l'autorisent, par dispositions testamentaires. Lorsque la société continue dans ces conditions, la valeur des droits sociaux attribués aux bénéficiaires de cette stipulation est rapportée à la succession (al. 4) ³.

224 Nantissement des parts sociales ⁴ ◇ L'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés a profondément réformé le droit du nantissement ⁵. Le nantissement est constitué par l'associé pour garantir ses propres dettes ou celles d'un tiers. Il prend effet entre les parties par l'établissement d'un écrit indiquant la dette garantie, la quantité de titres nantis ainsi que leur espèce et leur nature.

Le régime du nantissement des biens incorporels, autres que les créances, est celui du gage des biens corporels à défaut de dispositions spéciales (art. 2355, al. 5 C. civ.).

Le nantissement n'est opposable aux tiers que par la publicité de l'écrit ou par la signification du nantissement à la société émettrice, qui remplace une impossible dépossession (art. 2337 et 2338 C. civ. et D. 23 déc. 2006) ⁶. Comme le nantissement peut aboutir à un transfert des parts sociales au créancier nanti, il convient que celui-ci soit agréé préalablement par les associés de la SARL auxquels le projet est notifié (*cf.* art. L. 223-15 et L. 223-14).

1. Cf. B. Maubru, *L'agrément du conjoint de l'associé*, *Defrénois* 1985, art. 33557, p. 801.

2. A. Lecourt, *Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé*, *Dr. sociétés*, avr. 2005, p. 7. Rappr. en matière de société en nom collectif, art. L. 221-15 C. com., *supra*, n° 157.

3. Dans les différents cas prévus à cet article, la valeur des droits sociaux est déterminée au jour du décès, conformément à l'article 1843-4, al. 5 C. civ.

4. G. Baranger, *Le nantissement conventionnel des parts de sociétés commerciales*, *RJDA* n° 6-2007, p. 562.

5. Le terme de nantissement est réservé aux biens incorporels et donc aux parts sociales et actions ; celui de gage s'applique aux seuls biens corporels.

6. En pratique, il est usuel de remettre au créancier ou au tiers convenu par les parties un original des statuts attestant la propriété du constituant sur les parts nanties. Le décret du 23 déc. 2006 a créé un fichier électronique national des gages sans dépossession, fichier consultable gratuitement.

À défaut de paiement de la créance garantie, le créancier peut devenir propriétaire des parts en vertu d'une clause de l'acte de nantissement ou, désormais, d'un acte postérieur, puisque depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, la validité du pacte commissaire est admise (art. 2348 C. civ.). À défaut d'une telle clause, il peut demander en justice que les parts lui soient attribuées (art. 2347 C. civ.) ¹. Le créancier peut également demander la vente forcée des parts. L'adjudicataire doit alors être agréé par les associés de la SARL. Cependant, pour éviter les indésirables, la société peut encore racheter les parts sans délai après l'adjudication et réduire son capital (art. L. 223-15 *in fine*).

SECTION 3. LA VIE FINANCIÈRE DE LA SARL

224-1 Assemblées ◇ Chaque année, l'assemblée ordinaire doit se réunir dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice. Le rapport de gestion ², l'inventaire et les comptes annuels établis par la gérance sont soumis à l'approbation des associés (art. L. 223-26 et L. 232-1). Après avoir approuvé les comptes de l'exercice social, ceux-ci statuent sur l'affectation à donner aux résultats (§ 1). Quelquefois, une modification du capital social peut être opérée ; elle nécessite une majorité renforcée (§ 2). Enfin, la loi du 1^{er} mars 1984 a instauré des mécanismes de prévention des difficultés des entreprises, repris dans le Code de commerce (§ 3).

§ 1. L'affectation du résultat

225 Répartition des bénéfices ◇ La réglementation concernant l'affectation des bénéfices est la même pour la SARL que pour la SA (*infra*, n^{os} 546 s.). C'est dire que le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi (art. L. 232-10, « réserve légale ») ou des statuts (« réserves statutaires ») et augmenté du report bénéficiaire (art. L. 232-11). En outre, l'assemblée peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition ; mais les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice (art. L. 232-11, al. 2) ³.

1. Com. 3 juin 2008, *BRDA* n° 17-2008, p. 2.

2. Sur les conséquences de l'insuffisance d'un rapport de gestion, Paris 17 déc. 1999, *RJDA* 2000, p. 243, n° 292.

3. Sur la possibilité de dividendes privilégiés, cf. J.-M. de Bermond de Vaulx, *JCP E* 1993, I, 294. Les conflits entre associés sont fréquents à propos de l'affectation des bénéfices, les minoritaires estimant souvent que leur apport est insuffisamment rémunéré. La jurisprudence admet rarement l'abus de droit en ce domaine (*infra*, n° 549). V. cependant Com. 22 avr. 1976 (aff. *Langlois*), *D.* 1977, p. 4, J. Cl. Bousquet, où la gérance de la SARL avait systématiquement accumulé des réserves ne présentant aucun intérêt pour la société.

Si une répartition est effectuée alors qu'il n'y a pas eu de bénéfices réellement acquis, les dividendes sont fictifs, et la responsabilité pénale des gérants est engagée (art. L. 241-3, 2°). De plus, la répétition de ces dividendes peut être exigée des associés, même de bonne foi, qui les ont reçus ; l'action en répétition se prescrivant par trois ans à compter de la mise en distribution (cf. art. L. 223-40 propre aux SARL, dérogeant au texte général de l'art. L. 232-17).

§ 2. Les modifications du capital

226 Augmentation de capital ◇ Au cours de la vie sociale, le développement des affaires, l'entrée de nouveaux associés, l'incorporation de réserves ou de bénéfices non distribués, une réforme législative ¹ peuvent rendre nécessaire une augmentation de capital. Les moyens qui peuvent être utilisés sont classiques ² : apports en numéraire ³ ; compensation avec une créance liquide et exigible sur la société ⁴ ; apports en nature ; incorporation des réserves ou des bénéfices peuvent être employés. La décision d'augmentation doit être prise par les associés à la majorité qualifiée prévue par l'article L. 223-30 sauf lorsque l'opération a lieu par incorporation de bénéfices ou de réserves où il suffit que les associés représentent la moitié des parts sociales (*supra*, n° 216) ⁵.

Comme dans les SA (art. L. 225-131), il est interdit de procéder à une augmentation de capital en numéraire tant que le capital social n'est pas entièrement libéré, à peine de nullité de l'opération (art. L. 223-7, al. 1^{er}).

Dans l'ensemble, on doit appliquer à l'opération d'augmentation de capital les mêmes règles qu'en cas de constitution de la société ⁶. Il convient

1. Sur la loi du 1^{er} mars 1984, qui avait imposé aux SARL un capital social minimum de 50 000 F (7 500 €), cf. *supra*, n° 178.

2. V. pour les augmentations de capital dans la SA, *infra*, n°s 552 s. Sur le régime fiscal, *infra* n°s 553 et 566.

3. Désormais, comme pour les sociétés anonymes, les fonds provenant des souscriptions peuvent être retirés par un mandataire de la société, dès qu'a été établi le certificat du dépositaire (art. L. 223-32 al. 2) ; Rennes 11 avr. 1996, *BRDA* n° 19-1996, p. 3. Sur la nécessité de deux assemblées, la première pour décider de l'augmentation, la seconde pour la constater, Aix 23 nov. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 118, J. Monnet. V. sur une augmentation de capital conditionnée par le versement des fonds, Paris 14 nov. 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. R.M. JO déb. AN 21 févr. 1994, p. 922 ; *Bull. Joly* 1994, p. 296, n° 77 ; R.M. JO déb. Sénat 7 avr. 1994, p. 811 ; *Bull. Joly* 1994, p. 495, n° 146. V. cependant Paris 10 mars 1988, *JCP E* 1988, II, 15292, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain. Sur une compensation de comptes courants d'associés, Versailles 25 oct. 1990, *Bull. Joly* 1991, 76, n° 17, M. Jeantin ; D. 1992, somm. 180, J. Cl. Bousquet et G. Bugeja.

5. Com. 13 nov. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 511, n° 97, B. Dondero (nullité d'une augmentation de capital).

6. Cependant, la libération échelonnée des apports en numéraire ne peut, selon certains, être admise en cas d'augmentation de capital, R.M. JO déb. As. nat. 14 juill. 2003, p. 2638 ; *BRDA*

cependant de remarquer que la loi ne réserve pas aux associés de droit de souscription aux parts nouvelles. Un droit préférentiel de souscription à leur profit ne pourrait résulter que des statuts ou d'une décision extraordinaire des associés ¹. Si des parts nouvelles sont souscrites par des non-associés, le caractère fermé de la SARL paraît imposer qu'ils soient agréés par les anciens associés, comme en cas de cession de parts sociales ².

227 Réduction de capital ◇ Les cas de réduction de capital sont variables ³. En l'absence de pertes, les associés peuvent estimer que le capital qu'ils avaient constitué est trop important pour les besoins de la société. Ou encore, en cas de cession ou de transmission de parts sociales, la société peut se trouver amenée à racheter elle-même certaines parts, ce qui entraîne une réduction du capital (cf. art. L. 223-13 et L. 223-14 ; *supra*, n° 220).

Mais, le plus souvent, l'opération de réduction est liée à des pertes. C'est ainsi que dans le cadre d'une « opération-accordéon » ⁴, la société réduit d'abord son capital avant de l'augmenter par des apports en numéraire, procurant de nouvelles disponibilités qui permettront de redresser la situation de l'entreprise ; ou encore, lorsque les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital, la loi oblige les associés à choisir (art. L. 223-42), sous peine de sanctions pénales envers les gérants (art. L. 241-6), entre la dissolution anticipée de la société ⁵ et la réduction du capital d'un montant au moins égal à celui des pertes si les capitaux propres n'ont pas pu être reconstitués ⁶.

La réglementation est très proche de celle des sociétés anonymes ⁷. L'article L. 223-34 prend soin d'indiquer que la réduction de capital ne peut

n° 15-16 – 2003, p. 3 ; *Dr. sociétés* 2003, n° 213, J. Monnet ; Avis 02 – 12 CCRCS 2003, BRDA 11-2003, p. 3. Sur l'augmentation de capital réalisée au moyen de biens communs des époux, Versailles 14 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 164, n° 30, B. Saintourens (art. 1832-2 C. civ.) ; Civ. 1^{re}, 12 déc. 2006, JCP E 2007, 1877, n° 2, J.-J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (nature de biens propres de parts sociales résultant d'une augmentation de capital à partir de titres propres). V. art. L. 223-32 pour les apports en numéraire, et L. 223-33 pour les apports en nature. Sur la sanction de l'absence de commissaire aux apports, Versailles 25 oct. 1990, *préc.*

1. Com. 18 avr. 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 108, D. Vidal ; *Bull. Joly* 2000, p. 920, n° 235, J.-J. Daigre.

2. *Contra* cependant J. Hémar, F. Terré, P. Mabilat, T. I, n° 540 ; H. Poulet-Goffard, L'« autonomie » de l'article 45 de la loi du 24 juill. 1966 au regard des augmentations et réductions de capital des SARL, *Dr. sociétés* août-sept. 1993, p. 1.

3. Sur le régime fiscal de la réduction de capital, *infra* n° 571-1.

4. V. la description de cette opération à propos de la SA, *infra*, n° 572.

5. Nîmes 8 avr. 2004, *Dr. sociétés* 2004, n° 174, J. Monnet (intérêt à agir en dissolution).

6. B. Maubru, *La perte du capital dans les sociétés à risque limité*, Defrénois 1983, art. 33142, p. 1185. V. sur la jurisprudence, *infra*, n° 587. La procédure de l'article L. 223-42 C. com. ne s'applique pas aux sociétés en redressement judiciaire ou qui bénéficient d'un plan de continuation. Sur l'absence de formalités constatant la reconstitution effective des capitaux propres, Lyon 15 juill. 1994, RTD com. 1996, p. 76, B. Petit et Y. Reinhard. Sur les implications fiscales, *Perte de la moitié du capital social : incidences fiscales des diverses techniques de renflouement*, BF Lefebvre 3/03, dossier PME, p. 177.

7. V. *infra*, n°s 569 s. pour son exposé.

jamais porter atteinte à l'égalité des associés. S'il y a des commissaires aux comptes, le projet de réduction doit leur être communiqué et ils font connaître à l'assemblée leur appréciation sur les causes et conditions de la réduction.

Lorsque l'opération n'est pas motivée par des pertes, les créanciers antérieurs à la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération des associés peuvent former opposition dans un délai d'un mois (art. R. 223-35, al. 1). Le tribunal peut rejeter l'opposition ou ordonner soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes.

L'achat de ses propres parts par une société est interdit. Toutefois, l'assemblée qui a décidé une réduction de capital non motivée par des pertes peut autoriser le gérant à acheter un nombre déterminé de parts sociales pour les annuler (art. L. 223-34 *in fine*). L'achat doit être réalisé dans un délai de trois mois à compter de l'expiration du délai d'opposition (art. R. 223-34).

§ 3. L'émission d'obligations

227-1 Conditions ◇ La loi du 24 juillet 1966 interdisait aux SARL d'émettre des valeurs mobilières à peine de nullité de l'émission (art. L. 223-11, al. 1^{er} anc.). La rigueur du principe a été abandonnée par l'ordonnance du 25 mars 2004 afin de favoriser le financement des SARL les plus importantes : elles peuvent désormais émettre des obligations nominatives à condition cependant de ne pas procéder à une offre au public de ces obligations. (art. L. 223-11 nouv. ; v. *infra* n° 256).

À une époque où chacun regrette l'insuffisance des fonds propres des sociétés, il est curieux de constater que les pouvoirs publics permettent aux SARL à la fois de se constituer avec un euro de capital et de se financer en recourant à l'emprunt !

Les SARL concernées sont uniquement celles qui sont tenues d'avoir un commissaire aux comptes à raison du dépassement de deux au moins des trois seuils fixés par les textes (1 550 000 € de total de bilan, 3 100 000 € de chiffre d'affaires H.T., 50 salariés ; art. L. 223-35, al. 2 et R. 221-5, *supra* n° 204) et dont les comptes des trois derniers exercices de douze mois ont été régulièrement approuvés par les associés. L'émission est décidée par l'assemblée des associés conformément aux dispositions applicables aux assemblées générales d'actionnaires (*infra*, n° 329) et les titres sont soumis aux dispositions applicables aux obligations émises par les sociétés par actions, à l'exclusion de celles prévues par les articles L. 228-39 à L. 228-43 et L. 228-51 (art. L. 223-11, al. 2).

Il en résulte notamment que l'opération est décidée aux conditions de majorité des assemblées ordinaires. L'émission d'obligations est possible même si le capital de la SARL n'est pas entièrement libéré. Les obligataires sont nécessairement regroupés en

une masse dotée de la personnalité morale, en vue de la défense de leurs intérêts (art. L. 228 - 46 s. ; *infra* n° 339 s.).

Lors de chaque émission d'obligations, la société doit mettre à la disposition des souscripteurs une notice relative aux conditions de l'émission et un document d'information (art. L. 223-11, al. 3 et R. 223-7 s.)¹.

§ 4. La prévention des difficultés

228 Les mécanismes de prévention ◇ Le redressement d'une entreprise est très difficile à opérer dès lors qu'elle est en état de cessation des paiements². Il est donc indispensable d'intervenir en amont, ce qu'a essayé d'organiser la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises. L'échec des mesures adoptées a conduit le législateur à intervenir d'abord avec la loi du 10 juin 1994 puis, de nouveau, avec la réforme très importante opérée par la loi du 26 juillet 2005, puis avec l'ordonnance du 18 décembre 2008 : le règlement amiable a été amélioré sous le nom de conciliation (art. L. 611-4 s.) et une nouvelle procédure a été instaurée, la sauvegarde, ouverte au débiteur qui justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements (art. L. 620-1 s.).

– Le débiteur qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouve pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours, peut demander le bénéfice d'une procédure de **conciliation** (art. L. 611-4). Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise (art. L. 611-7, al. 1^{er}). En pratique, le président du tribunal de commerce désignera souvent au préalable un **mandataire ad hoc** dont il déterminera la mission (art. L. 611-3).

– Une **expertise de gestion** peut également être demandée par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital (art. L. 223-37 ; v. *supra*, n° 209). Auparavant, la possibilité d'expertise n'était offerte qu'aux actionnaires de sociétés anonymes (art. L. 225-231). Elle est désormais étendue aux SARL et peut même être demandée par le ministère public ou par le comité d'entreprise (art. L. 223-37, al. 2).

1. Comme auparavant, à peine de nullité de la garantie, il est interdit à une SARL de garantir une émission de valeurs mobilières, sauf si l'émission est faite par une société de développement régional (SDR) ou s'il s'agit d'une émission d'obligations bénéficiant de la garantie subsidiaire de l'État (art. L. 223 - 11 al. 4).

2. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005, reprenant la solution antérieure, avait défini la cessation des paiements comme étant la situation du débiteur qui est « *dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* » (art. L. 631-1 al. 1^{er}). L'ordonnance du 18 décembre 2008 a précisé que « *Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* » (al. 1^{er} nouv.).

– Tout associé non gérant peut aussi, deux fois par exercice, poser des **questions écrites** au gérant sur « *tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » (art. L. 223-36 ; *supra*, n° 210).

– De son côté, le commissaire aux comptes, s'il y en a un, doit mettre en œuvre une **procédure d'alerte** et demander des explications aux gérants sur « *tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » relevé à l'occasion de l'exercice de sa mission. Il doit également informer le président du tribunal de commerce (art. L. 234-2 ; *supra*, n°s 206, 210).

– Quant au **comité d'entreprise**, il peut également déclencher une procédure d'alerte, assez voisine de celle du commissaire aux comptes, lorsqu'il constate des « *faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* » (art. L. 2323-78 C. trav.). En cas d'absence du comité d'entreprise, par suite de carence constatée, les délégués du personnel peuvent demander des explications dans les mêmes conditions que le comité d'entreprise (art. L. 2313-14 C. trav. ; L. 234-3).

Toutes ces mesures sont essentiellement des signaux d'alarme qui permettent d'attirer solennellement l'attention des gérants sur les difficultés de la SARL. C'est aux dirigeants qu'il appartient alors de prendre des mesures de redressement pour éviter la cessation des paiements et l'application des dispositions sur les procédures collectives (art. L. 620-1 s.).

SECTION 4. FUSION, DISSOLUTION, TRANSFORMATION DE LA SARL

228-1 Fusion ◇ Des dispositions particulières aux SARL ont été prévues par la loi du 5 janvier 1988 sur les fusions et scissions de sociétés commerciales (art. L. 236-23 s. ; *infra*, n°s 672 s.).

S'il y a **fusion** uniquement entre SARL, l'absorption par la société mère d'une ou plusieurs de ses filiales à 100 % est soumise à un régime simplifié qui était réservé à l'origine aux sociétés anonymes (art. L. 236-23). Si l'opération concerne une SARL et une société anonyme, le régime de l'opération est désormais unifié (art. L. 236-2).

La SARL qui fait un **apport partiel d'actif** à une autre SARL et la société qui bénéficie ainsi de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions applicables en cas de fusion (art. L. 145-16, al. 2 et L. 236-24) ¹.

229 Dissolution ◇ La SARL peut être dissoute pour toutes les causes communes aux sociétés, quel que soit leur type : arrivée du terme, réalisation ou extinction de l'objet social, annulation de la société, décision des associés, dissolution judiciaire (v. *supra*, n°s 105 s.). Depuis la loi du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, la réunion en

1. Civ. 3^e, 30 avr. 2003, D. 2003, p. 1367, A. Lienhard ; JCP E 2003, p. 1343, J. Monnet.

une seule main de toutes les parts d'une SARL n'entraîne plus la dissolution de la société (art. L. 223-4).

La SARL peut également être dissoute, lorsqu'elle comprend plus de cent associés et que la situation n'a pas pu être régularisée dans le délai d'un an (art. L. 223-3 ; *supra*, n° 177) ou si les associés n'ont pu délibérer valablement sur la décision à prendre à la suite de la perte de la moitié du capital ou n'ont pu régulariser la situation dans le délai de deux ans (art. L. 223-42) ¹.

En revanche, la société n'est pas dissoute en cas de modification du statut personnel des associés, à la différence de ce qui se passe dans la société en nom collectif où la considération de la personne est beaucoup plus marquée. C'est ainsi que le décès d'un associé, sauf stipulation contraire très rare des statuts, la faillite personnelle, la liquidation judiciaire, l'interdiction de gérer ou l'incapacité n'empêchent pas la continuation de la société (art. L. 223-41).

230 Transformation ◇ La transformation de la société en une société d'un autre type peut être liée à des motifs très divers, tantôt il s'agira de motifs de pure opportunité (SARL mal adaptée ²) ; tantôt la transformation sera imposée par la loi (SARL comprenant plus de cent associés, *supra*, n° 177).

Le principe général posé par l'article L. 210-6 est que « la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle » ³. L'article L. 223-43 régit diverses hypothèses de transformation, en précisant que toute transformation effectuée en violation des règles qu'il édicte serait nulle. Depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, l'intervention d'un commissaire à la transformation ne s'impose que si la société qui se transforme en société par actions n'est pas dotée d'un commissaire aux comptes (art. L. 224-3, al. 1^{er}).

– La transformation de la SARL en société anonyme peut être décidée sans qu'il y ait à respecter un délai particulier (al. 2) ⁴.

En principe la décision de transformation est prise à la majorité requise pour les décisions extraordinaires (*supra*, n° 216) ; mais si les capitaux propres figurant au dernier bilan excèdent 750 000 €, il suffit que les associés représentent la majorité des parts sociales. Cette faveur s'explique par l'idée qu'une SARL qui croît régulièrement, doit prendre normalement la forme plus adaptée de la société anonyme.

1. La qualité de créancier social ne peut suffire à caractériser l'intérêt exigé par l'article L. 223-42 pour justifier la demande en dissolution de la société débitrice, Paris 18 févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 531, n° 157, *Rev. sociétés* 1994, p. 335, Y.G.

2. La transformation d'une SARL en SA, avant une cession massive de droits sociaux, ne se justifie en revanche plus pour un motif fiscal dans la mesure où les taux des droits d'enregistrement sur titres sociaux ont été harmonisés à 3 % ; Cf. *supra*, n° 4.

3. Sur le régime fiscal, *supra* n° 104. Également en cas de cession massive de droits sociaux, *infra* n° 657.

4. Depuis la loi *Madelin* du 11 févr. 1994, cf. Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 1994, p. 298.

La décision doit être précédée du rapport d'un commissaire aux comptes sur la situation de la société (art. L. 223-43, al. 3) et, le cas échéant, du rapport d'un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers (art. L. 224-3 et R. 224-3).

Le commissaire à la transformation peut être chargé aussi de l'établissement du rapport sur la situation de la société imposé par l'article L. 223-43, al. 3. Dans ce cas il ne rédige qu'un seul rapport.

Le commissaire à la transformation est désigné par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'eux. Toutefois, les associés à l'unanimité peuvent désigner comme commissaire à la transformation le commissaire aux comptes de la société, s'il en existe, ou un autre professionnel inscrit (art. L. 224-3, al. 1 et L. 223-43, al. 3).

– *La transformation d'une SARL en SAS doit être précédée, à peine de nullité de la transformation, d'un rapport sur la situation de la société établi par un commissaire aux comptes (art. L. 223-43, al. 3) et, le cas échéant, d'un rapport du commissaire à la transformation chargé d'apprécier la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers (art. L. 224-3, al. 1^{er}). La décision de transformation en SAS doit être prise à l'unanimité des associés (art. L. 227-3).*

– *La transformation d'une SARL en société en nom collectif ¹, en commandite simple ou en commandite par actions, exige toujours l'accord unanime des associés ², à peine de nullité de la transformation. En outre, la transformation d'une SARL en société en commandite par actions requiert l'intervention d'un commissaire à la transformation si la société qui se transforme n'est pas dotée d'un commissaire aux comptes (art. L. 224-3, al. 1^{er}).*

1. Cette transformation en société en nom collectif ne sera qu'exceptionnelle compte tenu de l'avantage fiscal offert par la SARL de famille (sur le régime particulier des SARL dites « de famille » : art. 239 bis AA CGI ; *Mémento Fiscal*, n^{os} 3245 s. ; *supra* n^o 193). V. cependant, T. com. Paris 27 sept. 1994, *Dr. sociétés* 1995, n^o 42, D. Vidal.

2. Sur la possibilité pour deux membres du comité d'entreprise de se faire entendre, *cf.* art. L. 2323-67 C. trav., *supra*, n^o 216.

CHAPITRE 2

L'ENTREPRISE UNIPERSONNELLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (EURL)

231 Origines ¹ ◇ La possibilité d'instituer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) existe en France depuis la loi du 11 juillet 1985. Cette loi répond à une revendication ancienne des petits commerçants et des artisans réclamant l'instauration d'un statut d'entreprise individuelle à responsabilité limitée ², à l'image de ce qui existait déjà dans de nombreux pays étrangers ³, notamment en Allemagne ⁴.

L'origine de l'EURL part d'un constat bien connu : le chef d'entreprise individuelle est placé dans une situation très défavorable par rapport au dirigeant de société qui ne supporte pas indéfiniment les dettes sociales (*supra*, n° 4), et il y a là un frein à l'esprit d'initiative, faute d'une sécurité minimale. Cette situation est d'autant plus choquante que la société est peu à peu devenue une technique de limitation patrimoniale des risques : certains ont observé que très souvent dans la petite société, qu'elle soit anonyme ou à responsabilité limitée, le chef d'entreprise détient la quasi-totalité du capital, ses associés ne sont que des « potiches » : membres de la famille ou amis complaisants, sans véritable *affectio societatis* ⁵. Leur participation à

1. V. sous la direction de Y. Chaput et A. Lévi, *L'EURL, Droit, pratiques et perspectives*, Créda, Litec, 2003. V. également sous la direction de A. Sayag et C. Jauffret-Spinosi, *L'entreprise personnelle*, T. 1 : *expériences européennes*, Créda, Litec 1978. V. égal. 12^e directive du Conseil des communautés européennes n° 89/667 CEE du 21 déc. 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, JCP E 1990, III, 63590 ; Bull. Joly 1990, p. 264, n° 72 et S. Mousoulas, *Rev. sociétés* 1990, p. 395. Adde, P. Serlooten, M. H. Monsérié-Bon, Y. Libéri, *Les sociétés unipersonnelles*, Joly éditions, 2008.

2. V. rapport du Comité présidé par P. Sudreau sur *La réforme de l'entreprise*, coll. 10/18, 1975, p. 165 s. ; Rapport du groupe d'étude, présidé par Cl. Champaud, chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL (*entreprise personnelle à responsabilité limitée*) dans le droit français, in *RTD com.* 1979, p. 579. V. égal. T. 2 de l'étude précitée du Créda : critique et prospective.

3. N. Ezran-Charrière, *L'entreprise unipersonnelle dans les pays de l'Union européenne*, LGDJ 2002.

4. Cl. Witz et J.-M. Hauptmann, *La constitution de la SARL unipersonnelle en droit allemand (loi du 4 juillet 1980)*, *Gaz. Pal.* 1982, I, doct. 133. M. Lutter, *La réforme de la GmbH (SARL) par la loi du 4 juillet 1980 de la République fédérale allemande ; la « deutsche GmbH – nouvelle 1980 »*, *Rev. sociétés* 1980, 645. V. égal. 12^e directive du Conseil des communautés européennes n° 89/667 CEE du 21 déc. 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, JCP E 1990, III, 63590 ; Bull. Joly 1990, p. 264, n° 72 et S. Mousoulas, *Rev. sociétés* 1990, p. 395.

5. Cf. N. Fadel-Raad, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, LGDJ, 1991, préf. F. Terré.

la vie sociale est nulle : le « Président-directeur général » ou le gérant dirige la société en maître absolu ¹.

Si, à partir de ce constat, l'on admet qu'un individu puisse s'engager dans la vie des affaires en limitant sa responsabilité, sans obligatoirement s'associer avec d'autres personnes, deux techniques sont utilisables.

232 Patrimoine d'affectation ou société unipersonnelle ◇ Une première technique consiste à créer une entreprise personnelle à responsabilité limitée en affectant aux créances professionnelles une partie du patrimoine de l'entrepreneur. C'est le mécanisme bien connu du patrimoine d'affectation ². Le patrimoine de l'entrepreneur est scindé en plusieurs masses distinctes dont l'une est spécialement affectée à l'activité économique, et sert de garantie privilégiée ³.

L'autre technique est la technique sociétaire, la responsabilité de l'entrepreneur étant limitée à l'apport au capital d'une personne morale constituée à cet effet, et dans laquelle l'entrepreneur est l'unique associé.

Le choix en faveur du mécanisme sociétaire s'est fait essentiellement par élimination, la mise en œuvre de la technique du patrimoine d'affectation soulevant beaucoup plus de difficultés qu'elle ne permettrait d'en résoudre. Les auteurs du projet de loi ⁴ ont fait notamment valoir que la détermination et le contenu des diverses masses patrimoniales poseraient problème.

Quel sort réserver au local d'habitation qui devrait être insaisissable par les créanciers professionnels, alors qu'il constitue souvent l'essentiel de la fortune de l'entrepreneur et qu'il est parfois affecté partiellement à l'exploitation ? Que décider pour les biens utilisés à des fins mixtes, comme un véhicule automobile ? Ne faut-il pas organiser une publicité ? Comment coordonner la division du patrimoine avec les règles des régimes matrimoniaux et des successions qui appréhendent l'intégralité du patrimoine du débiteur ?

1. V. par ex. les observations du député G. Gouzes selon qui, en 1984, sur les quelque 140 000 SA et 270 000 SARL, les deux tiers étaient fictives et dissimulaient des sociétés unipersonnelles constituées avec des associés prête-noms (Rapport sur le projet de loi relatif à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, As. Nat. n° 2598, 10 avr. 1984, p. 5).

2. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, introduction générale*, LGDJ 1990, n° 202 ; J. Aussedat, *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation*, *Rev. sociétés* 1974, 221. Sur les possibilités offertes par la fiducie introduite en France par la loi du 19 févr. 2007, cf. *supra* n° 42.

3. Solution qui était préconisée dans le rapport Champaud, *préc.* V. dans le même sens, A. Sayag, *L'entreprise individuelle : faux débats et vraies questions*, in *Études offertes à R. Rodière*, Dalloz 1981, p. 289 ; P. Serlooten, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (loi n° 85-697 du 11 juillet 1985)*, D. 1985, Chr. 187 ; E. Alfandari et M. Jeantin, *RTD com.* 1986, p. 107, n° 5 ; M.T. Calais-Auloy, *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL*, D. 1986, Chron. 249. A noter que le *droit fiscal* reconnaît un équivalent à ce patrimoine d'affectation, une sorte de « patrimoine fiscal » qui fonctionne conformément au principe de « liberté d'affectation comptable » ; v. *supra* n° 4.

4. V. exposé des motifs, projet de loi Ass. Nat. n° 2577, 22 févr. 1985, spéc. p. 4.

L'hésitation serait également permise sur le point de savoir s'il conviendrait de doter le patrimoine d'affectation de la personnalité morale. Au cas où l'entrepreneur souhaiterait par la suite développer son entreprise à l'aide de partenaires, il ne serait pas très satisfaisant de le contraindre à changer de régime juridique. Enfin la transmission de son entreprise serait dans tous les cas, très difficile à réaliser.

La loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, sans aller jusqu'à consacrer dans notre droit la notion de patrimoine d'affectation, permet désormais à l'entrepreneur individuel de *protéger sa résidence principale* en l'excluant du gage de ses créanciers ¹. En effet, par dérogation aux articles 2284 et 2285 nouv. C. civ., une personne physique immatriculée au RCS ou au répertoire des métiers peut déclarer insaisissable ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale. Cette déclaration publiée à la conservation des hypothèques n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant (cf. art. L. 526-1 s.).

À la plupart de ces objections, dont certaines sont très fortes, la technique sociétaire permet d'apporter réponse, dès lors que l'on a recours à un type éprouvé de société, la SARL, et que l'on admet que celle-ci puisse être composée d'une seule personne. Un tel choix impliquait un très sérieux bouleversement de notre droit des sociétés.

233 *Bouleversement du droit des sociétés* ◇ Sans doute la société à main unique n'était-elle pas totalement inconnue de notre droit des sociétés, puisque la loi du 24 juillet 1966 la tolérait dans son article 9, et que la solution a été reprise dans le Code civil (art. 1844-5, alinéa 1^{er}, modifié par la loi du 30 décembre 1981) ². Mais la tolérance ne concernait que les sociétés qui devenaient unipersonnelles, et dont la situation devait être régularisée. Désormais la loi permet, dans les hypothèses qu'elle prévoit, qu'une société ne comprenne *ab initio* qu'un associé.

Cette nouveauté, considérable, a entraîné une redéfinition de la société (art. 1832 C. civ.). En effet la société peut maintenant être créée, « instituée », tantôt par un contrat, tantôt par un acte unilatéral de volonté. Il y a là, incontestablement, une nouvelle marque du déclin de la conception contractuelle de la société (*supra*, n^{os} 22, 23), même si l'institution de la société unipersonnelle n'est qu'une hypothèse exceptionnellement permise.

L'existence d'un groupement de personnes n'est plus de l'essence de la société, et la théorie de la réalité de la personnalité morale est inconciliable avec cette nouvelle solution : il se confirme que la personnalité morale est

1. Cette insaisissabilité a été étendue par la loi de modernisation de l'économie à tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à un usage professionnel (cf. art. L. 526-1 nouv.). Cf. M. Suquet-Cozic, *L'insaisissable réforme de la déclaration d'insaisissabilité*, BRDA n^o 21-2008, p. 27.

2. *Supra*, n^o 27. On peut rapprocher de cette situation celle des sociétés nationalisées qui ne comportent qu'un actionnaire, l'État.

une pure technique juridique ¹. Et « l'École rennaise » de la « doctrine de l'entreprise » ² triomphe, en prenant également appui sur le titre de la loi du 11 juillet 1985, que d'autres trouveront ambigu, « de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » : « Si la société unipersonnelle a pour effet de conférer la personnalité morale à l'entreprise, c'est qu'elle a pour objet d'en faire un sujet de droit. La loi du 11 juillet a donc consacré la notion d'entreprise — sujet qui est au centre de cette doctrine juridique » ³.

Avec la reconnaissance de la société unipersonnelle, les principes d'équilibre entre les droits des associés et les pouvoirs des dirigeants, ou d'égalité entre associés n'ont plus de sens ; l'*affectio societatis* de l'associé unique prend une coloration très particulière qui accentue encore l'éclatement de la notion (*supra*, n° 43). Si le régime de base de l'EURL est celui de la SARL, de nombreux aménagements techniques ont dû être apportés aux règles de création et surtout de fonctionnement de la société à responsabilité limitée traditionnelle (*infra*, n° 236).

234 Avantages de l'EURL ◇ La société unipersonnelle permet au chef d'entreprise de limiter, en principe, sa responsabilité aux biens qu'il affecte à son exploitation ⁴. L'EURL doit ainsi permettre de réduire le nombre des sociétés fictives (*supra*, n° 231). La loi du 11 juillet 1985 a pu être présentée comme « une loi d'assainissement juridique » ⁵. La tenue de documents comptables liée à la séparation des patrimoines, la nomination éventuelle d'un commissaire aux comptes, la constatation des principales décisions concernant la vie de la société doivent permettre à l'associé unique d'avoir une gestion comptable et financière plus rigoureuse.

Mais surtout, l'EURL a été conçue pour faciliter la transmission de l'entreprise. Le chef d'entreprise peut en effet organiser son retrait, en cédant progressivement ou en bloc ses parts. En cas de décès de l'associé unique, il est possible d'organiser librement la répartition des parts sociales entre les seuls héritiers.

Enfin, dans les groupes de sociétés, la société unipersonnelle offre une structure d'accueil aux filiales contrôlées à 100 %, mais la SASU offre désormais des avantages plus intéressants (*infra*, n°s 595-18 s.).

1. Cf. G. et A. Lyon-Caen, *La « doctrine » de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques 1978, p. 599, spéc. p. 607, et réf. cit. note 31. V. également G. Goubeaux, *Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens*, in *Études dédiées à R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 199.

2. J. Paillusseau, *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*, D. 1997, Chron. 97.

3. J. Paillusseau, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?* D. 1999, Chron. p. 157 ; Cl. Champaud et P. Le Floch, *RTD com.* 1986, p. 252, n° 2 ; J. Paillusseau, *L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, JCP 1986, I, 3242, spéc. n° 93 à 138 ; V. également F. Zénati, *RTD civ.* 1986, p. 772, n° 5.

4. Sur le cautionnement d'une EURL par le conjoint commun en biens de l'associé unique, Com. 8 juin 1993, JCP E 1994, II, 525, M. Lecène-Marénaud ; Bull. Joly 1993, p. 911, n° 265, M. Jeantin.

5. J.-J. Daigre, *L'EURL : vains regrets, vrais intérêts* ; RJ com. 1988, p. 5.

235 Limites et inconvénients de l'EURL ¹ ◇ Par rapport à l'entreprise individuelle, le fonctionnement d'une EURL est incontestablement plus contraignant (constatation des engagements dans un registre spécial, dépôt obligatoire au greffe du tribunal de commerce des comptes annuels, nomination éventuelle d'un commissaire aux comptes...).

Surtout, la structure de l'EURL ne doit pas être adoptée dans l'espoir de limiter sa responsabilité. En effet, d'une part, en pratique, les créanciers sociaux, spécialement les établissements de crédit, continuent d'exiger le cautionnement de l'associé unique et ne se contentent pas de la seule garantie offerte par le capital social, qui peut désormais n'être que d'un euro ² ! D'autre part, en cas de procédure collective à l'encontre de l'EURL, la responsabilité personnelle du gérant, généralement l'associé unique, pourra être recherchée pour faute de gestion, afin de supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif (cf. art. L. 651-2) ³. La jurisprudence révèle également que les poursuites pénales pour abus de biens sociaux contre le gérant associé ne sont pas rares ⁴.

En définitive, c'est souvent le coût fiscal qui décidera de l'adoption de la forme EURL ⁵.

Si l'associé unique est une personne physique, la société est en principe soumise au régime fiscal des sociétés de personnes ⁶ (mais elle peut opter

1. Sur les avantages et inconvénients de l'EURL, cf. rapport du Conseil des impôts 1994, 33 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 195.

2. Cf. R.M. JO déb. AN 11 août 1986, p. 2661 ; *Bull. Joly* 1986, p. 863, n° 259-III ; 27 oct. 1986, p. 3942, *Rev. sociétés* 1986, p. 664 ; Ph. Simler, *Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement*, JCP N 1987, I, p. 199. Adde les travaux du 83^e Congrès des notaires de France, Toulouse, 1987, *Patrimoine professionnel de l'entrepreneur : mythe ou réalité ?* JCP N 1987, prat. n° 194, p. 351. Cf. R.M. JO déb. AN 14 sept. 1987, p. 5171.

3. Cf. P. Le Cannu, *L'EURL et les procédures collectives*, *Bull. Joly* 1986, p. 895 ; B. Maubru, *Abus de droit et fictivité des sociétés à l'épreuve de l'EURL*, JCP N 1986, I, 435 ; Rennes 8 janv. 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 226, Th. Bonneau ; Paris 13 juill. 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 874, A. Honorat ; *Bull. Joly* 1993, 1250, n° 375, H. Le Nabasque (extension de la procédure collective) ; Paris 15 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 627, n° 137, B. Saintourens (personne morale, associée unique, condamnée au complément du passif comme gérant de fait). Sur l'action en comblement du passif, v. *infra*, n° 414.

4. Par ex. Crim. 20 févr. 2002, *Rev. sociétés* 2002, p. 546, B. Bouloc (détective chargé de surveiller l'épouse du gérant, payé par l'EURL).

5. C. Bailly-Masson, *Les aménagements à envisager pour rendre l'EURL plus attractive*, *Petites Affiches* 19 juin 2000, p. 4. Sur le régime fiscal des apports, *supra* n° 4.

6. V. *supra* n°s 13 et 13-1. Sur l'impossibilité, pour une EURL n'exerçant aucune activité professionnelle, de déduire de son résultat les intérêts d'emprunt contracté en vue d'acquies des parts de sociétés de l'art. 8 (art. 238 bis K CGI ; *supra* n° 13-1) : CE 17 nov. 2006, *Bec*, RJF 2/07, n° 173 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 17-18, comm. 468 ; sur le même fondement, en revanche, application des règles régissant les BIC pour une EURL ayant apporté un hôtel en jouissance à une société en participation, cette dernière ayant un mandat de gestion hôtelière : CAA Lyon 31 juill. 2008, *Lignet*, *Dr. fisc.* 2008, n° 44-45, comm. 555. Sur la notification d'un redressement à une EURL : CE 8 mars 2004, *Cazals*, *Dr. fisc.* 2004, n° 28, comm. 622 (dans l'hypothèse d'une EURL n'ayant pas opté pour l'IS et dont l'associé unique est également gérant, l'administration fiscale, qui a notifié un redressement à l'EURL, n'est pas tenue d'adresser une notification séparée à l'associé unique) ;

pour l'impôt sur les sociétés ¹⁾. Les bénéfices de la société, qu'ils soient distribués ou non, sont donc directement imposables à l'IRPP entre les mains de l'associé unique. Celui-ci peut adhérer à un centre de gestion agréé ²⁾.

Si l'associé unique est une personne morale, la société est de plein droit soumise à l'impôt sur les sociétés, sans possibilité d'option pour le régime fiscal des sociétés de personnes, quelle que soit sa forme juridique. Cette rigidité est unanimement critiquée ³⁾.

Sur le plan social, le gérant associé de l'EURL est affilié au régime des travailleurs indépendants (assurance vieillesse, assurance-maladie et maternité, allocations familiales) ⁴⁾. Si l'associé unique n'est pas gérant et n'exerce aucune fonction dans l'EURL, il n'est pas soumis aux cotisations du régime d'assurance vieillesse des travailleurs indépendants ⁵⁾.

À Paris, sur 21 325 SARL qui ont été immatriculées en 2007, 5 039, soit un quart, étaient des EURL (*supra*, n° 2).

L'EURL n'étant qu'une simple variété de SARL dont le régime vient d'être exposé (*supra*, n°s 173 s.), seules seront présentées ici ses particularités de création (section 1) et de fonctionnement (section 2) ⁶⁾.

SECTION 1. LA CRÉATION DE L'EURL

236 **Modalités** ◇ La société unipersonnelle peut être créée *ab initio* par une seule personne qui exerçait déjà une activité sous forme individuelle ou qui

en revanche, l'obligation de la notification séparée s'imposerait à elle face à une société de personnes ou encore lorsque l'associé unique n'est pas gérant (CE 23 avr. 2008, *Zanchi*, *RJF* 7/08, n° 865).

1. Une EURL, qui se transformerait en une SARL (à la suite de l'entrée d'un nouvel associé), puis retrouverait sa forme initiale d'EURL, ne pourrait plus « renoncer » à l'IS (quand bien même le nouvel associé unique serait une personne physique) : R.M. JO AN 24 févr. 2004, p. 3297 ; égal. R.M. JO AN, 4 mai 2004, *Dr. soc.* 2004, n° 180.

2. Cf. R.M. JO AN 1^{er} juin 1987, p. 3178 ; JCP E 1987. 15007 ; R.M. JO déb. AN 28 sept. 1987, p. 5399.

3. V. par ex. J. Paillusseau, *préc.*, n° 92. Rapp. R.M. JO déb. AN 1^{er} juin 1987, p. 3178 ; JCP E 1987, 15007 ; et 21 sept. 1987, p. 5274.

4. V. art. 11 L. 86-76 du 17 janv. 1986, et circulaire du 11 mars 1986 de la Caisse nationale de l'assurance maladie (CNAM) in *Bull. Joly* 1986, p. 541, n° 162 ; R.M. JO déb. AN 10 avr. 1995, p. 1937 ; *Bull. Joly* 1995, p. 423, n° 147.

5. Soc. 3 avr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 890, n° 321, J.-J. Daigre.

6. V. les commentaires de G. Flores et J. Mestre, *Rev. sociétés* 1986, p. 15 ; M. Germain, *Dr. sociétés* oct. 1985 ; Y. Guyon et G. Coquereau, JCP E 1985, 14 811 ; J. Cl. Hallouin, *ALD* 1986, p. 73 ; D. Randoux, *Une société très spécifique : l'EURL*, JCP N 1985, I, 355 ; A. Sayag, *De nouvelles structures pour l'entreprise*, JCP E 1985, 14611 ; JCP 1985, I, 3217. Cf. également J.-J. Daigre, *Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, JCP 1986, I, 3225 et Journée d'étude de l'Institut de Droit de l'Entreprise de Poitiers (18 févr. 1986), JCP E 1986, 14756 (avec notamment rapports de J.-J. Daigre et A. Sayag).

démontre une entreprise. L'EURL peut également résulter de la réunion de toutes les parts d'une SARL dans une même main. C'est pourquoi la procédure de dissolution judiciaire de la société à responsabilité limitée est expressément écartée (art. L. 223-4) ¹.

Le passage de la forme unipersonnelle à la forme pluripersonnelle, ou inversement, n'exige qu'une modification des statuts, notamment de la répartition des parts (art. L. 223-7, al. 3). Des statuts polyvalents peuvent toujours être établis, ce qui a l'avantage de limiter les modifications à apporter ². Afin de faciliter la constitution des EURL, la loi de modernisation de l'économie (LME) a fait des **statuts-types** établis par décret un modèle à suivre systématiquement pour chaque associé unique, personne physique, assurant la gérance (D. 19 déc. 2008 ; art. D. 223-2 nouv.). Mais l'associé conserve évidemment la possibilité de produire des statuts différents lors de sa demande d'immatriculation (art. L. 223-1, al. 2 nouv.) ³.

237 Associé unique ◇ L'associé unique peut être une personne physique ou une personne morale (art. L. 223-1) ⁴. Depuis la loi Madelin du 11 février 1994, une personne physique peut être désormais l'associé de plusieurs EURL, ce qui était déjà une possibilité offerte aux personnes morales ⁵. Cependant, il demeure interdit à une EURL d'avoir pour associé unique une autre EURL (art. L. 223-5, al. 1).

En cas de violation de ces dispositions, tout intéressé peut demander la dissolution des sociétés irrégulièrement constituées ⁶. Cependant, lorsque l'irrégularité résulte de la réunion en une seule main de toutes les parts d'une société ayant plus d'un associé, la demande de dissolution ne peut être faite moins d'un an après la réunion des parts.

Dans tous les cas, le tribunal de commerce peut accorder un délai maximal de six mois pour régulariser la situation, et il ne peut pas prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, la régularisation a eu lieu (art. L. 223-5, al. 2).

1. Sur le *plan fiscal*, la création d'une EURL par réunion en une seule main de toutes les parts d'une SARL préexistante, soumise à l'impôt sur les sociétés, entraîne les mêmes conséquences que la transformation d'une société de capitaux en société de personnes, dès lors que l'EURL n'opte pas pour l'impôt sur les sociétés (R.M. JO AN 1^{er} déc. 1986, p. 2915, *Rev. sociétés* 1986, 665).

2. Depuis un décret du 9 mai 2007, lors de sa demande d'immatriculation, la société doit déclarer qu'elle est constituée d'un associé unique (art. R. 123-53, 2^o). Sur les formalités à accomplir lors du passage de l'unicité à la pluralité d'associés, Com. 18 mai 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1373, n^o 298, B. Saintourens. Il n'est pas obligatoire que les annonces légales et les en-têtes commerciaux de la société laissent apparaître la mention « EURL » (R.M. JO déb. AN 17 déc. 1990, p. 5759 ; *Dr. sociétés* mars 1991, n^o 100).

3. Dans le même esprit et afin de limiter les coûts de constitution, la LME a prévu pour ces EURL des **formalités de publicité allégées**, avec notamment une dispense d'inscription au BO-DACC (art. L. 223-1, al. 3 ; R. 123-155, al. 2 et R. 123-59 nouv.).

4. Ce pourrait être une association, R.M. JO déb. Sénat 2 févr. 1995, p. 279 ; Th. Bonneau, *Dr. sociétés* avr. 1995, p. 3 ; *RTD com.* 1995, p. 809, E. Alfandari et M. Jeantin.

5. Cette possibilité est évidemment très intéressante dans un groupe de sociétés pour la société mère.

6. Paris 24 janv. 1995, *RTD com.* 1995, p. 432, Cl. Champaud et D. Danet.

L'associé unique, personne physique, n'étant pas commerçant, un mineur même non émancipé peut donc avoir cette qualité. Le capital social peut désormais n'être que d'un seul euro, comme dans toute SARL. Il peut être constitué grâce à des apports en numéraire¹ ou en nature. L'apport en nature nécessite en principe l'intervention d'un commissaire aux apports désigné par l'associé unique (art. L. 223-9, al. 3 et 2).

238 Objet ◇ L'EURL peut être utilisée pour les activités industrielles et de services, comme pour les activités commerciales ou artisanales. Elle peut être également adoptée par les membres des professions libérales², éventuellement dans le cadre d'une société d'exercice libéral à responsabilité limitée (« SELARL », *supra*, n° 10)³.

Concernant les *activités agricoles*, le titre II de la loi du 11 juillet 1985 prévoit qu'une ou plusieurs personnes physiques majeures peuvent instituer une société civile dénommée « exploitation agricole à responsabilité limitée » (EARL, art. L. 324-1 s. C. rural)⁴.

SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DE L'EURL

§ 1. Le gérant

239 Statut ◇ Le gérant de l'EURL peut être l'associé unique ou un tiers⁵. Lorsque l'*associé unique est une personne morale*, la gérance doit être obligatoirement exercée par un tiers, puisque seule une personne physique peut exercer cette fonction (art. L. 223-18, al. 1).

Lorsque l'*associé unique est une personne physique*, c'est généralement lui qui exercera la gérance, afin de ne pas être obligé à l'égard des tiers par les actes d'un gérant qui ne relèveraient pas de l'objet social (art. L. 223-18, al. 5).

1. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, l'apport en numéraire peut n'être libéré que du cinquième de son montant (art. L. 223-7, al. 1 ; v. *supra*, n° 179). Des apports en industrie peuvent être réalisés, si les statuts le prévoient, mais ils ne concourent pas à la formation du capital social (*supra*, n° 181).

2. Cf. L. 23 juin 1999, art. 31, contrecarrant la solution dégagée par Civ. 1^{re}, 15 juin 1999, *JCP E* 1999, p. 1132, qui avait interdit une SELARL composée d'un unique administrateur judiciaire ; J.-J. Daigre, *La SELARL unipersonnelle : légalité, intérêts et inconvénients*, *Bull. Joly* 2000, p. 255, n° 51 ; B. Saintourens, *La consécration législative des SEL sous forme d'EURL*, *Defrénois* 1999, p. 1237.

3. R.M. *JO déb.* Sénat 12 août 1993, p. 141 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 911.

4. Cf. J. Hugot, *Statuts d'une exploitation agricole à responsabilité limitée*, *JCP N* 1986, prat. 9743, p. 217 ; Commentaires J.-J. Préa, *JCP N* 1985, I, p. 309 ; E. Alfandari et M. Jeantin, *RTD com.* 1986, p. 103, n° 1 ; G. Daublon, *Defrénois* 1986, art. 33641, spéc. n°s 17 s.

5. Rien ne s'oppose à ce que la société soit dirigée par un ou plusieurs gérants n'ayant pas la qualité d'associé (R.M. *JO déb.* AN 3 déc. 1990, p. 5548 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 416).

Les fonctions de gérant peuvent être gratuites ou rémunérées. Le gérant est investi à l'égard des tiers des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Lorsque le gérant est un tiers, il vaut mieux prévoir statutairement une autorisation préalable de l'associé unique pour les actes importants (art. L. 223-18, al. 5 et 6).

Il est à craindre que, lorsque l'associé unique est gérant, une certaine confusion s'opère entre son patrimoine personnel et le patrimoine social ¹.

Les conventions passées entre le gérant et la société sont soumises au même régime que celles passées entre l'associé unique et la société (v. *infra*, n° 243). Les dispositions pénales applicables au gérant de la SARL sont également applicables au gérant d'une EURL ².

En ce qui concerne le *statut fiscal du gérant associé*, dans la mesure où l'EURL relève, en principe du régime fiscal des sociétés de personnes, la rémunération du gérant intègre les bénéfices sociaux et elle est soumise à l'impôt sur le revenu en fonction, sauf exceptions, de la catégorie de revenus dont relève l'activité de la société (elle n'est en conséquence pas déductible du résultat imposable de l'EURL). L'EURL peut adhérer à un centre de gestion agréé.

S'agissant du *statut fiscal du gérant non associé*, sa rémunération, déductible du résultat imposable de la société, est imposable dans la catégorie des traitements et salaires ³.

En revanche, si l'EURL a opté pour l'impôt sur les sociétés, la rémunération octroyée au gérant, associé ou non, peut être extournée du résultat imposable de la société. Dans ce cas, elle est imposable, entre les mains du gérant, dans la catégorie des revenus des gérants et associés (article 62 CGI), laquelle est déterminée selon les règles afférentes à la catégorie des traitements et salaires (déduction pour frais professionnels de 10 %, plafonnée à 13 893 € pour 2008). C'est le même régime que celui du gérant majoritaire de SARL (*supra*, n° 191).

§ 2. Le commissaire aux comptes

240 Désignation ◇ L'EURL, comme la SARL, n'est tenue d'avoir un commissaire aux comptes titulaire (et un suppléant) que si, à la clôture d'un exercice, elle dépasse deux des trois seuils suivants :

- total du bilan : 1 550 000 € ;
- chiffre d'affaires hors taxes : 3 100 000 € ;

1. Par ex. Com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 877, n° 197 (acte conclu par le gérant en son nom personnel n'engageant donc pas la société).

2. Crim. 14 juin 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 90, B. Boulloc ; *Bull. Joly* 1993, p. 1139, n° 337, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 1993, n° 188, H. Le Nabasque (abus de biens sociaux).

3. Il faut, toutefois, réserver l'hypothèse dans laquelle la rémunération ne correspondrait pas à un emploi effectif ou serait excessive eu égard à l'importance des services rendus (art. 39.1.1° du CGI ; *infra* n° 390).

– nombre moyen de salariés au cours d'un exercice : cinquante (art. L. 223-35 al. 2).

Le commissaire aux comptes doit satisfaire aux conditions d'indépendance posées par les articles L. 822-11 et s.

§ 3. L'associé unique

241 Décisions sociales ◇ L'associé unique exerce tous les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés dans la SARL traditionnelle (art. L. 223-1, al. 2). Il se prononce donc par décisions unilatérales, et doit prendre personnellement les décisions, sans pouvoir déléguer ses pouvoirs à un tiers. Toutes les décisions prises aux lieu et place de l'assemblée doivent être répertoriées dans un registre (art. L. 223-31, al. 3 et R. 223-26) ¹. En cas de non-respect de ces dispositions, la nullité pourrait être demandée par tout intéressé (art. L. 223-31, al. 4).

Les règles relatives à la tenue des assemblées (convocation, vote, majorité) sont évidemment inapplicables à l'EURL et sont expressément écartées (art. L. 223-31, al. 1) ².

242 Comptes annuels ; informations ◇ Chaque année, le gérant, qu'il soit l'associé unique ou un tiers, doit établir un inventaire des comptes annuels et un rapport de gestion (art. R. 223-25).

L'associé unique approuve les comptes, le cas échéant après rapport du commissaire aux comptes, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice (art. L. 223-31, al. 2 et L. 241-5 pour les sanctions pénales).

Comme dans toute SARL, le gérant de l'EURL doit déposer au greffe du tribunal de commerce les comptes annuels, sous peine d'amende (art. R. 247-3, *supra*, n° 215) ³.

Lorsque l'associé unique est seul gérant de l'EURL, le dépôt au registre du commerce et des sociétés, dans le même délai, de l'inventaire et des comptes annuels, dûment signés, vaut approbation des comptes (art. L. 223-31, al. 2 nouv. et R. 223-26, al. 3) ⁴. Lorsque l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance, le rapport de gestion doit être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande, afin de satisfaire à la directive du 25 juillet 1978 (art. L. 232-22, I, al. 4 nouv.).

1. E. Buttet, *Procès-verbal de décisions de l'associé unique d'EURL*, *Bull. Joly* 1989, p. 295, n° 99. V. par ex. pour la reprise d'un acte accompli pendant la période de fondation, *Com.* 31 mai 2005, *BRDA* 13-2005, p. 2.

2. Paris 2 oct. 1998, *RJDA* 1999, p. 253, n° 302.

3. R.M. *JO déb.* AN 16 mars 1995, p. 644 ; *Bull. Joly* 1995, p. 345, n° 112 ; *RTD com.* 1995, p. 780, Cl. Champaud et D. Danet ; R.M. *JO déb.* AN 15 avr. 1996, p. 2078 ; *Bull. Joly* 1996, p. 403, n° 141 (*EURL d'avocat*).

4. L'obligation de déposer l'inventaire est très critiquée. Cf. G. Baranger, *Bull. Joly* 2005, p. 1298, n° 288.

S'il n'est pas gérant, l'associé unique bénéficie d'un droit de communication permanent des documents sociaux concernant les trois derniers exercices sociaux (art. L. 223-31, al. 1 et L. 223-26, al. 4).

243 Conventions avec la société ◇ Pour les conventions passées entre l'associé unique ou le gérant et la société, les dispositions concernant les SARL pluripersonnelles ont vocation à s'appliquer (art. L. 223-19 s. ; *supra*, n^{os} 217, 218) :

- les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales sont libres (art. L. 223-20) ;

- l'associé unique, s'il est une personne physique, ou le gérant non associé ne peuvent contracter sous quelque forme que ce soit des emprunts auprès de l'EURL, ni se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement ¹, ni faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. L'inobservation de ces dispositions serait sanctionnée par la nullité du contrat (art. L. 223-21, al. 1).

La même interdiction s'applique aux conjoint, ascendants et descendants de l'associé unique ou du gérant non associé, ainsi qu'à toute personne interposée (art. L. 223-21, al. 3).

- Pour toutes les autres conventions, la procédure de contrôle de droit commun qui avait été prévue par la loi du 11 juillet 1985, et qui était totalement inadaptée, a été supprimée par la loi du 31 décembre 1989 (art. L. 223-19, al. 3) : il n'y a désormais plus de rapport à établir sur la convention passée entre l'associé unique et la société ; une mention doit simplement être portée au registre des délibérations (art. R. 223-26, al. 2).

244 Cession, transmission des parts sociales ◇ L'associé unique peut céder librement à un tiers tout ou partie de ses droits sociaux, la procédure d'agrément étant évidemment exclue (art. L. 223-14, al. 2). La cession doit être constatée par un écrit, acte sous seing privé ou notarié. Elle est imposée à 3 % sur la fraction supérieure à 23 000 € (art. 726 CGI) ².

Le décès de l'associé unique ne met pas fin à la société, sauf clause contraire des statuts (art. L. 223-41, al. 2). La société continue avec les héritiers du défunt auxquels les parts sont transmises. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, la société devient pluripersonnelle, elle est alors soumise au régime de droit commun des SARL.

245 Dissolution ◇ Les causes de dissolution communes à toutes les sociétés, sauf celles qui supposent une pluralité d'associés (dissolution pour mésentente), sont applicables à l'EURL.

1. R.M. JO déb. AN 21 août 1995, p. 3609 ; Bull. Joly 1995, p. 773, n° 267 ; v. *supra*, n° 4.

2. Ce régime d'imposition vaut pour les EURL qui ne sont pas à prépondérance immobilière (en ce qui concerne ces dernières, le taux de 5 % s'applique au premier euro ; *supra* n° 4).

En ce qui concerne les effets de la dissolution, il convient de distinguer si l'associé unique est une personne physique ou une personne morale.

Si l'associé unique est une personne physique, il doit procéder à la liquidation de l'EURL. Il n'y a pas de transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à l'associé unique (art. 1844-5, al. 4 C. civ.) ¹. Les règles édictées pour la liquidation s'appliquent et, en particulier, la personnalité morale de la société survit pour les besoins de la liquidation ².

Si l'associé unique est une personne morale, la dissolution de l'EURL n'est pas suivie de liquidation et sa personnalité morale disparaît immédiatement ³. L'associé unique n'a aucun choix, l'ensemble du patrimoine de la société dissoute est transmis à l'associé unique ⁴. La société ne disparaît qu'à l'issue du délai de trente jours à l'intérieur duquel les créanciers sociaux peuvent faire opposition ou, en cas d'opposition, lorsque celle-ci a été purgée (art. 1844-5 C. civ.) ⁵.

Cependant, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser dans deux arrêts de principe qu'il ne pouvait pas y avoir de transmission universelle du patrimoine à l'associé unique en cas de procédure collective : « À compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables au redressement ou à la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté » ⁶.

1. Solution nouvelle introduite par la loi NRE du 15 mai 2001. La solution antérieure était très pénalisante lorsque l'EURL ne pouvait pas faire face à ses dettes, puisqu'elle aboutissait à faire cesser la limitation de responsabilité au jour de la dissolution de la société.

2. Sur la nécessité ou non de désigner un mandataire *ad hoc* après clôture de la liquidation lorsque l'ancien associé unique intervient dans une procédure, Com. 5 mai 2009, *BRDA* 11-2009, p. 2.

3. Paris 3 nov. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 121, Y. Guyon. Sur le sort du cautionnement à la dissolution de la société bénéficiaire, Douai 20 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 519, n° 112, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 2000, p. 382, Y. Guyon ; *RTD com.* 2001, p. 130, Cl. Champaud et D. Danet. La caution qui garantit le prêt contracté par une société ne saurait se prévaloir de la transmission universelle du patrimoine à son associé unique pour échapper à son engagement, Com. 19 nov. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 178, M. L. Coquelet ; *JCP E* 2003, 627, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. sociétés* 2003, p. 129, D. Legeais. Sur la possibilité d'une action en justice de l'EURL à la suite de l'opposition d'un créancier, Rouen 22 juin 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 290, n° 76, J.-J. Daigre.

4. Soc. 25 oct. 2007, *BRDA* 1-2008, p. 2. Toutefois, sur l'intransmissibilité des contrats *intuitu personae* qui n'affecte cependant pas les obligations nées de son exécution ou de son inexécution passée, Com. 7 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1491, n° 297, M. L. Coquelet ; *D.* 2006, p. 1685, A. Lienhard ; *JCP E* 2006, 2294, H. Hovasse.

5. Civ. 3^e, 20 juin 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1359, n° 354, F. X. Lucas. V. égal. *supra*, n° 27.

6. Com. 12 juill. 2005 (2 esp.) *D.* 2005, p. 2002, A. Lienhard ; *JCP E* 2005, 1586, J. P. Legros et 1834, n° 1, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2005, n° 180, J. Monnet ; *Rev. sociétés* 2005, p. 913, J. P. Sortais ; arrêts publiés au Rapport 2005 de la Cour et rendus au visa « des principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté ».

245-1 Régime fiscal de la dissolution d'une EURL ¹ ◇ Dans la mesure où l'EURL est une société unipersonnelle, le régime fiscal de sa dissolution présente certaines particularités.

D'abord en ce qui concerne les *droits d'enregistrement*. Faute de partage, le droit de partage de 1,10 % n'est pas dû. En revanche, la théorie de la mutation conditionnelle (*supra* n° 34-1) peut trouver à s'appliquer, que la société relève de l'impôt sur le revenu, ou même qu'elle relève, exceptionnellement, de l'impôt sur les sociétés ².

Ensuite, en ce qui concerne les *impôts directs*. Dans le cas où *l'associé unique est une personne physique*, la distinction est la suivante : si l'EURL était soumise à l'impôt sur le revenu, le régime applicable est celui de la dissolution des sociétés relevant de cet impôt (*supra* n° 127), étant précisé que l'imposition est établie au nom de l'associé unique et non à celui de la société. Mais, si l'EURL était soumise à l'impôt sur les sociétés et, bien qu'il n'y ait pas de liquidation, l'associé unique n'en est pas moins imposable sur le *boni* de liquidation éventuel selon le régime des sociétés soumises à cet impôt (*supra* n° 127) : le *boni* serait imposé en tant que bénéfices régulièrement distribués.

Si *l'associé unique est une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés*, la dissolution bénéficie du régime de faveur des fusions (en matière d'impôts directs) ³.

1. Pour une présentation plus complète du régime fiscal des dissolutions sans liquidation, *supra* n° 116 ; sur le régime fiscal de droit commun des dissolutions de sociétés, *supra* n° 127 ; sur le régime fiscal de faveur des fusions, *infra* n° 679-1.

2. Ainsi, si un acte est établi et présenté à la formalité de l'enregistrement, seul est dû le droit fixe des actes innommés de 125 € (art. 680 CGI), en l'absence d'application de la théorie de la mutation conditionnelle (il faut aussi ajouter la taxe à la publicité foncière, soit 0,715 %, sur les immeubles et droits immobiliers).

3. Cf. art. 1844-5 C. civ., art. 210-OA 1°-a et 3 CGI ; Instr. 7 juill. 2003, BOI 4 I-1-03 et 12 sept. 2003, BOI 7 H-1-03 ; *supra* n° 116.

TITRE 3

LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

246 Diversité ◇ Dans le Code de commerce d'origine ¹ deux types de sociétés de capitaux, ou sociétés par actions, étaient nettement reconnus, la *société anonyme* dans laquelle les actionnaires ne sont tenus que dans la limite de leurs apports, et la *commandite par actions* dans laquelle coexistent deux catégories d'associés, les actionnaires et un ou plusieurs commandités tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

À l'opposé des sociétés de personnes (*supra*, n° 12), les sociétés par actions ne sont pas constituées *intuitu personae* ; elles permettent avant tout de drainer des masses importantes de capitaux. Par là même, elles nécessitent une vigilance constante des pouvoirs publics pour protéger les épargnants, attirés par les avantages d'un placement en actions : la mise de fonds (l'apport) peut être faible ; les titres (les actions) sont en principe librement négociables, sans avoir à recourir aux formalités de la cession de créance (art. 1690 C. civ.) ; le gain peut se présenter sous forme de dividendes et de plus-values importantes lors de la cession des actions, alors que le risque est limité au montant de l'apport.

À l'époque du Code de 1807, alors que les sociétés « anonymes » étaient soumises à la nécessité d'une autorisation gouvernementale, les commandites par actions pouvaient se constituer librement grâce à la « garantie » offerte par les commandités, responsables indéfiniment. En réalité, la responsabilité illimitée des commandités, souvent « hommes de paille », était illusoire, et les plus grands abus vinrent des commandites.

1. Sur l'époque antérieure, cf. H. Lévy-Brühl, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, 1938 ; J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial, Droit fondamental*, PUF 1986, spéc. p. 165 s. ; A. Lefebvre-Teillard, *La Révolution : une période décisive pour les sociétés par actions*, *Rev. sociétés* 1989, 345.

La loi du 24 juillet 1867 décida sagement que, désormais, les sociétés anonymes pouvaient « se former sans l'autorisation du gouvernement » (art. 21). Cette liberté de constitution de la société anonyme marqua le début du déclin de la société en commandite par actions, à tel point que lors de l'élaboration de la réforme de 1966 la suppression de ce type de société fut envisagée. En 1979, alors qu'on comptait plus de 100 000 sociétés anonymes, on ne réussissait à dénombrer que 240 commandites par actions... ¹.

La loi du 3 janvier 1994 a instauré une nouvelle forme de société par actions, la *société par actions simplifiée* (SAS), qui tendait à favoriser la coopération entre les entreprises en leur offrant un cadre beaucoup plus souple que la société anonyme. Une loi du 12 juillet 1999 a donné un nouvel élan à la SAS, en permettant son fonctionnement entre deux personnes physiques ou morales seulement, et en créant une nouvelle forme de société unipersonnelle, après l'EURL, la SAS unipersonnelle (SASU). Les praticiens ont rapidement compris que la SAS et la SASU ont vocation à devenir la structure d'accueil des sociétés par actions qui ne font pas appel public à l'épargne ², grâce à la grande liberté contractuelle qu'elles offrent. La loi de modernisation de l'économie (LME) a de nouveau encouragé la création de SAS en n'exigeant plus un capital social minimum et en dispensant les « petites SAS » d'un commissaire aux comptes.

L'essentiel de ce titre sera consacré à l'étude de la société anonyme (sous-titre 1), des développements plus brefs étant consacrés à la société en commandite par actions (sous-titre 2) ainsi qu'à la SAS et à la SASU (sous-titre 3).

1. Rapport ANSA 1983, p. 76. Cf. *La société en commandite entre son passé et son avenir* ; étude du Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CREDA), sous la direction de A. Viandier, J. Hilaire, H. Merle, H. Serbat, préc., Litec 1983, spéc. 1^{re} partie, Le déclin.

2. L'ordonnance du 22 janvier 2009 a supprimé la notion française d'appel public à l'épargne et l'a remplacée par les notions européennes d'offre au public de titres financiers et d'admission aux négociations sur un marché réglementé (v. *infra*, n° 256 s.).

SOUS-TITRE 1

La société anonyme ¹

247 Diversité ◇ Sur les 133 158 sociétés anonymes recensées en janvier 2007 (*supra*, n° 2), il y en a seulement 746 qui sont inscrites sur le marché d'Eurolist Paris ². Particularité française ³, la société anonyme n'est pas réservée aux grandes entreprises, spécialement celles qui font régulièrement appel public à l'épargne, mais est souvent adoptée par des petits entrepreneurs très attachés au titre flatteur de « PDG » (*sic*) et à son statut fiscal et social de salarié (*infra*, n° 420).

Qu'y a-t-il de commun entre la société anonyme constituée par un plombier qui comprend, au prix de grandes difficultés de recrutement, sept actionnaires (épouse, enfants, belle-mère, cousins...) et qui n'est en réalité qu'une société unipersonnelle (*cf. supra*, n° 231) et France Télécom, société anonyme également, qui a compté 3 800 000 actionnaires au lendemain de sa privatisation en 2004 ?

Ce sont pourtant les mêmes dispositions juridiques qui les régissent et leur donnent une structure identique, avec, à la base une assemblée d'actionnaires élisant des administrateurs qui choisissent parmi eux un président du conseil d'administration. Chaque année, les actionnaires doivent se réunir pour se prononcer sur les comptes sociaux, après avoir été éclairés par les rapports des dirigeants et des commissaires aux comptes...

Comment faire comprendre au « petit PDG », en réalité actionnaire unique, qu'il doit respecter scrupuleusement les formalités de convocation de l'assemblée générale et ne pas se contenter de tenir les réunions « sur le papier » ⁴, publier des informations sur sa société sous peine de sanctions pénales, et rémunérer, outre son comptable, un commissaire aux comptes ? La structure très contraignante de la SA n'est manifestement pas adaptée aux petits entrepreneurs. C'est pourquoi nombreux sont ceux qui, désormais, se tournent vers la SAS ou la SASU.

1. Cf. J.-F. Bulle et M. Germain, *Pratique de la société anonyme*, Dalloz 1991 ; P. Bézard, *La société anonyme*, Montchrestien, 1986.

2. Parmi ces 746 sociétés, 104 sont étrangères. Le nombre de sociétés françaises inscrites décroît régulièrement, puisqu'en 2004, on dénombrait 787 sociétés et en 2005, 749. Il est vrai que sur Alternext, on est passé de 20 sociétés inscrites en 2005, à 75 en 2006 et 119 en 2008. Sur le marché libre, il y a 260 sociétés (*Rapports annuels AMF* ; sites Eurolist et Euronext).

3. En Allemagne, en 1991, on ne dénombrait que 3 052 sociétés anonymes... contre 465 660 sociétés à responsabilité limitée (F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Précis Dalloz 1997, p. 756, 798).

4. J.-F. Bulle, *Les assemblées sur papier*, Dr. sociétés juin 1998, p. 7

248 **Évolution de la réglementation** ◇ La loi de 1867 avait conçu la société anonyme comme un groupement contractuel, librement constitué. Elle a marqué le triomphe du capitalisme libéral. Le texte a été modifié à de très nombreuses reprises, tantôt pour tenir compte de la pratique et rendre plus efficace le fonctionnement de la société, tantôt pour améliorer la protection de l'épargne ¹.

1) La loi de 1966 n'a pas apporté de grands bouleversements. Nous avons déjà vu qu'elle tendait à renforcer la sécurité des tiers, à améliorer la protection des associés ², mais qu'elle n'a pas donné de véritable place aux salariés dans la gestion, ni établi un droit des groupes de sociétés (*supra*, n^{os} 16 s.).

Concernant plus précisément la société anonyme, la loi a calqué son organisation sur celle d'une **société démocratique**, avec un pouvoir venant de la « base », réunie en assemblée générale, qui choisit ses dirigeants librement.

L'image a cependant beaucoup jauni : le caractère démocratique de la société est totalement fictif ³. Dans les petites sociétés anonymes, le président, détenant la quasi-totalité du capital social se comporte trop souvent en « autocrate ». Dans les sociétés anonymes les plus importantes, les actionnaires, pour la plupart, n'ont pas une mentalité d'associé. Ils sont intéressés avant tout par un placement, et espèrent réaliser une plus-value boursière, grâce à la gestion avisée de leur portefeuille d'actions par leur banquier ou leur prestataire de services d'investissement ⁴. Malgré un développement considérable de l'information organisée en leur faveur, les actionnaires ne se sentent que très peu concernés par les décisions prises en assemblée, sur lesquelles ils estiment n'avoir aucune prise. Les dirigeants bénéficient de cet absentéisme et des « pouvoirs en blanc » pour diriger à leur guise la société. Le contrôle n'est plus aujourd'hui celui des actionnaires individuels, il émane des commissaires aux comptes et, pour les sociétés qui font des offres de titres financiers au public, de l'Autorité des marchés financiers (AMF, ancienne Commission des opérations de bourse), des fonds de pension étrangers et du marché.

La société anonyme est **fortement hiérarchisée**, avec des organes dotés de pouvoirs légaux, ce qui permet d'assurer une bonne protection des tiers. Une réglementation plus méticuleuse que pour les autres types de sociétés laisse peu de place à la liberté individuelle : les dispositions facultatives de la loi de 1966 sont fort peu nombreuses ⁵.

1. V. sur cette évolution, G. Ripert et R. Roblot n^{os} 1368 s. ; *supra*, n^o 15.

2. Cf. M. Ch. Piniot, *La situation des associés minoritaires dans la jurisprudence récente de la Chambre commerciale*, in Rapport Cour de cassation 1993, p. 107 ; Y. Guyon, *Les droits des actionnaires minoritaires*, *Rev. dr. bancaire* 1990, 35 (bilan de la situation actuelle, réformes).

3. Comp. Y. Guyon, *La société anonyme, une démocratie parfaite*, in *Mélanges C. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 133.

4. Les sociétés de bourse ont remplacé les agents de change avec la loi du 22 janv. 1988 (*infra*, n^o 274-1). Depuis la loi du 2 juill. 1996 sur la modernisation des activités financières, les sociétés de bourse sont devenues des « prestataires de services d'investissement » (art. 94-II) ; v. *infra*, n^o 274-2.

5. V. *supra*, n^o 18 ; cf. M.C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ 1998, préf. A. Viandier.

La loi de 1966 a introduit, à côté de la structure classique avec conseil d'administration, une *structure dualiste* à l'image de la société anonyme allemande avec un directoire (*Vorstand*) et un conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*). L'idée était de réaliser une meilleure répartition des pouvoirs entre un directoire, composé éventuellement de salariés non actionnaires, et un conseil de surveillance chargé d'exercer un contrôle permanent sur la gestion. Les résultats sont cependant décevants (*infra*, n° 455).

2) Depuis 1966-1967, des modifications incessantes ont été apportées aux textes de base par des interventions législatives et réglementaires souvent désordonnées (v. leur exposé *supra*, n° 18). Les circulaires, les réponses ministérielles ¹, les avis ou recommandations, des autorités boursières en particulier, ont créé de multiples difficultés pour les praticiens.

Ces modifications tiennent cependant pour partie aux contraintes des *directives européennes* (*supra*, n° 19). Elles sont dues également à une indispensable adaptation aux besoins économiques et financiers. Il est certain qu'après le temps des juristes, est venu, pour les sociétés anonymes, le temps des financiers ². Notre droit des valeurs mobilières a explosé sous la pression créatrice des Anglo-Saxons ³. Il se passe tous les jours quelque chose sur les marchés financiers... et on ne peut plus traiter des titres émis par les sociétés anonymes en se limitant aux seules actions et obligations.

3) Ayant dépassé la quarantaine, la loi de 1966 doit certainement faire l'objet d'une réforme d'ensemble ⁴. Une place plus importante doit être faite à la contractualisation du droit des sociétés : les sociétés anonymes non cotées, qui sont soumises à moins de contraintes que les sociétés cotées, doivent bénéficier d'une plus grande liberté statutaire dans leur direction, leur administration, la prise des décisions collectives ⁵. Les techniques financières nouvelles imposent une modernisation des conditions d'émission des différents instruments financiers. Le système répressif qui avait été mis en place s'est révélé trop lourd : seuls les agissements réellement frauduleux doivent être sanctionnés pénalement. Aujourd'hui, on ne veut plus que la menace pénale soit utilisée comme moyen de pression par un cessionnaire déçu ou pour pallier l'absence de contre-pouvoir dans la société !

1. Cf. B. Oppetit, *Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois*, D. 1974, Chron. 107.

2. P. Bézard n° 43 s. Cf. A. Pietrancosta, *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers*, thèse Paris I, 1999, éditée sur CD-Rom, *Transactive*.

3. V. de façon générale, sur l'importance des lois étrangères dans notre droit des sociétés anonymes, G. Ripert et R. Roblot n° 1374 s. et l'abondante bibliographie citée.

4. V. les travaux du colloque organisé par l'Université Paris I sous la présidence de M. Jean Foyer, in *Rev. sociétés* 1996, p. 429 ; J.-J. Daigre, *Pour de nouveaux espaces à la liberté contractuelle*, JCP E 1995-2, p. 16 ; B. Saintourens, *La simplification du droit des sociétés*, RID comparé 4-1994. Sur une réflexion concernant l'avenir du droit des sociétés, cf. *Rev. sociétés* 2000, p. 56 s., *Le changement de millénaire et le droit des sociétés* avec, notamment, les contributions de P. Bézard, Ph. Bissara, Cl. Champaud, A. Couret, P. Didier, J. Foyer, D. Randoux, B. Saintourens, V. égal. A. Viandier, *Le droit des sociétés, demain*, JCP E 2000, p. 3.

5. Les pouvoirs publics semblent se contenter d'octroyer une véritable liberté contractuelle aux seules SAS et SASU (*infra*, n° 595-1 s.).

En 1994, la Chancellerie avait mis en place un groupe de travail présidé par M. Pierre Bézard, Président honoraire de la Chambre commerciale, chargé de faire des propositions pour une modernisation et une simplification des textes. De leur côté, les organisations professionnelles (MEDEF, AFEF, ANSA) et le rapport Marini ¹ ont proposé des modifications allant dans le même sens.

Plus récemment, un vent soufflant de la Manche et de l'Atlantique ² a fait pénétrer en France la notion de *corporate governance* ³. Le **gouvernement d'entreprise** (gouvernement des sociétés) a provoqué une vaste réflexion sur l'équilibre des pouvoirs dans les sociétés cotées ⁴. On s'interroge sur l'omnipotence du Président-directeur général et sur la nécessité d'établir un contre-pouvoir au sein même du conseil avec des « administrateurs indépendants ». On souhaite que le conseil d'administration fonctionne plus efficacement, de façon plus professionnelle, grâce à la création de comités (d'audit, des nominations, des rémunérations, stratégique...). Les actionnaires, les investisseurs, en particulier les fonds de pension américains ⁵, réclament une amélioration de l'information financière, une transparence plus grande, avec l'intervention de commissaires aux comptes indépendants, le développement d'attestations d'équité. Ils souhaitent également connaître l'opinion des administrateurs, même minoritaires, sur les opérations financières concernant la société ⁶.

1. La modernisation du droit des sociétés, La Documentation Française 1996, *passim*.

2. Sur les travaux aux USA et le rapport Cadbury en Grande-Bretagne, cf. A. Tunc, *Le gouvernement des sociétés anonymes* ; le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni, RIDC 1994, p. 59 et le gouvernement des sociétés anonymes au Royaume-Uni in *Mélanges Sayag, Litec*, 1997, p. 419 ; Ph. Croizat, le « *Corporate Governance* » : est-il adapté au modèle français ? *Dalloz Affaires* 1996, p. 1019.

3. J. P. Mattout, *La gouvernance de la société anonyme cotée ; comparaison avec le gouvernement d'un Etat*, *Mélanges P. Didier, Economica* 2008, p. 315 ; Ph. Bissara et alii, *Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées*, Joly et Ansa, 2007 ; AMF, *Rapport 2006 sur le gouvernement d'entreprise* ; J. J. Caussain, *Le gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires*, *Creda-Litec*, 2005 ; Sous la direction d'Hélène Ploix, *Gouvernement d'entreprise, dimension juridique, méthodes, responsabilités*, Montchrestien 1997 ; Ph. Bissara, *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise »*, *Rev. sociétés* 1998, p. 5 ; id. *Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ?* *Rev. sociétés* 2003, p. 51 ; J. Peyrelevade, *Le gouvernement d'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir*, *Economica* 1999 ; *Le gouvernement d'entreprise*, *Rev. éco. financ.* n° 63, 2001. V. égal. M. Ch. Piniot, *La corporate governance à l'épreuve de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation*, in *Mél. AEDBF*, 1999, p. 369 ; V. les recommandations européennes 2004 sur les administrateurs indépendants et la rémunération des administrateurs, *BRDA* n° 20-2004, p. 5.

4. La prise en compte du gouvernement d'entreprise est évidemment plus forte dans les entreprises à capital ouvert, mais les valeurs moyennes se soucient également de gouvernance (cf. étude *EthiFinance in Le Monde* 11 juill. 2006).

5. J.-P. Valuet, *Fonds de pension américains : incidence de leur politique d'actionnariat sur les sociétés françaises*, *Joly Bourse* 1996, p. 5, n° 1.

6. Cf. A. Couret, M. Germain, C. Baj, M.A. Frison-Roche, D. Schmidt, *Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les sociétés cotées ?* Colloque 23 mai 1996, in *Rev. dr. bancaire*, n° 55-1996, p. 72 ; *JCP E* 4-1996 ; Colloque Université Paris XI, *La gouvernance d'entreprise entre réalités et faux-semblants*, *Cahiers Droit de l'entreprise*, n° 5-2005.

La réflexion a été initiée en France par la COB ¹. Elle s'est développée médiatiquement à partir d'avatars survenus au sein de sociétés très importantes : mauvais fonctionnement des organes de surveillance du *Crédit Lyonnais* ², poursuites pénales engagées contre le Président d'*Alcatel-Alsthom*, mise en détention à l'étranger du Président de *Schneider*. Le CNPF et l'AFEP ont publié en juillet 1995 l'important **rapport Viénot I** ³ sur « le conseil d'administration des sociétés cotées » dont de nombreuses recommandations ont été adoptées par la plupart des sociétés cotées au CAC 40 ⁴ (création de comités, adoptions de charte de l'administrateur...). De leur côté, les actionnaires minoritaires et leurs associations se sont montrés plus actifs lors des assemblées tenues à partir de 1996, en particulier dans les sociétés qui connaissent des difficultés (*Eurotunnel*, *Crédit Foncier*). Le gouvernement a également demandé au **sénateur Marini** d'établir un rapport en vue de nourrir la réflexion pour réformer le droit des sociétés.

Ce rapport sur la modernisation du droit des sociétés ⁵ a été rendu public le 10 septembre 1996. Se situant dans la ligne du rapport Viénot I, il a proposé de favoriser la liberté d'entreprendre, de permettre un meilleur fonctionnement des sociétés et de promouvoir un meilleur équilibre des pouvoirs et des responsabilités au sein de l'entreprise. Le rapport Marini insiste sur la nécessité de laisser une large place à la liberté statutaire et suggère d'opérer une dépénalisation importante du droit des sociétés ⁶. Bon nombre des cent trois propositions qu'il contient ont été reprises dans des avant-projets de loi élaborés d'abord par M. Toubon, puis par Mme Guigou. Mais actuellement aucune réforme d'ensemble de notre droit des sociétés ne semble figurer parmi les priorités de la Chancellerie ⁷.

La loi relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) du 15 mai 2001 ⁸, constituée de nombreuses dispositions hétérogènes, concerne

1. Rapport annuel 1993, p. 57 ; P. Fleuriot, *Bull. COB*, oct. 1995, p. 31 ; M.N. Dompé et A. Dorison, *Les pouvoirs dans l'entreprise, Entretiens de la COB*, 1994 ; M.N. Dompé, *Les propositions de réflexion de la COB, Petites Affiches*, 27 sept. 1995, p. 26. *Évolutions récentes en France et à l'étranger*, *Bull. COB* 1999, n° 338, p. 1.

2. V. « la circulaire Juppé » du 29 mai 1997 relative au rôle de l'État actionnaire ou tuteur des entreprises publiques, in *Rev. sociétés* 1997, p. 655.

3. Ce rapport a été suivi d'un **rapport Viénot II** qui a notamment pris position sur la dissociation des fonctions de président et de directeur général, sur la publicité des rémunérations des dirigeants des sociétés cotées et de leurs stock-options (AFEP, MEDEF, juill. 1999).

4. Le CAC 40 est l'indice principal de la bourse de Paris. Il tire son nom de « Cotation Assistée en Continu ». Il est déterminé à partir des cours de 40 actions des sociétés cotées dont les échanges sont les plus volumineux sur Euronext Paris. Cf. *infra*, n° 274-3.

5. *La Documentation Française*, collection des rapports officiels, 1996, 288 p. ; cf. J.-J. Daigre et alii, *La modernisation du droit des sociétés, Premières réflexions sur le rapport Marini*, Joly 1997 ; J. Paillusseau, *Une reconception du droit des sociétés commerciales*, D. 1996, Chron. 287 ; Th. Bonneau, H. Hovasse, D. Vidal, *Réforme ou saupoudrage ?* Dr. sociétés nov. 1996, p. 4.

6. L. Grosclaude, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, Thèse Paris I, 1997 ; C. Mascala, *Vers une dépénalisation des infractions d'affaires ? Une réalité ?* D. aff. 1998, p. 1030 ; Contribution du MEDEF à la réflexion sur la place du droit pénal dans la société française, juin 2000.

7. L'importante réforme de la SAS est due à un amendement parlementaire déposé lors de la discussion de la loi sur l'innovation et la recherche défendue par le ministre de l'Éducation et de la Recherche, M. Allègre (L. 12 juill. 1999) !

8. Sur ce texte, cf. les ouvrages d'A. Viandier et A. Charvériat, *Sociétés et loi NRE, Dossiers pratiques Francis Lefebvre*, 2e éd. 2002 ; M. Bandrac et J. P. Dom, *Loi NRE et autres réformes*, Joly éd. 2002 ; v. égal. les commentaires de D. Bureau, *Bull. Joly* 2001, p. 553, n° 149 ; H. Le Nabasque,

essentiellement les sociétés anonymes et a introduit d'importantes réformes. Directement inspirée des idées sur le gouvernement d'entreprise, elle tend à un meilleur équilibre des pouvoirs, en redéfinissant respectivement ceux du conseil d'administration, de son président et du directeur général, en permettant la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général de la société et en limitant les cumuls de mandats. Dans la même ligne, afin de satisfaire aux besoins de **transparence** exigés par les fonds de pension anglo-saxons, la loi organise la publicité de la rémunération des dirigeants sociaux et renforce les contrôles sur les conventions passées entre la société et ses dirigeants ou actionnaires. Dans la ligne des réformes précédentes, elle développe également les droits des actionnaires minoritaires ¹. Une certaine dépénalisation ², fortement réclamée depuis 1966, est opérée et, en contrepartie, des nullités et de nombreuses injonctions de faire sont instaurées ³. Quelques dispositions concernant les salariés annoncent des réformes plus amples, tendant à leur donner un rôle plus actif dans la vie de la société.

Dans la ligne des rapports Viénot I et II, le **rapport Bouton** ⁴ a apporté en septembre 2002 sa contribution à une meilleure gouvernance des entreprises cotées.

Il tente en particulier de préciser le statut des administrateurs indépendants, le rôle des comités nommés par les conseils d'administration. Il présente également des suggestions pour une meilleure crédibilité des comités sociaux, dont certaines ont été reprises dans la **loi de sécurité financière** du 1^{er} août 2003 ⁵.

Après l'ordonnance du 24 juin 2004 réformant de façon importante les valeurs mobilières (*infra*, n° 267 s.), la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005 (dite « loi Breton ») est venue apporter de nouvelles retouches à notre droit des sociétés.

Petites Affiches 5 et 6 juill. 2001 ; A. Couret, *JCP E* 2001, p. 1660 ; Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2002, p. 80 ; D. Schmidt, *Petites Affiches* 3 juin 2002 ; S. Castagné, *Dr. sociétés* janv. 2003. Cf. égal. Numéros spéciaux *Rev. sociétés* 2001, p. 503 et *Dr. sociétés* août-sept. 2001. Sur le concept de régulation, Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2002, p. 17.

1. L. Godon, *La protection des actionnaires minoritaires dans la loi NRE*, *Bull. Joly* 2001, p. 728, n° 166 ; J. P. Dom, *La protection des minoritaires*, *Rev. sociétés* 2001, p. 533.

2. B. Bouloc, *Rev. sociétés* 2001, p. 645 ; Y. Muller et E. Fortis, *JCP E* 2002, p. 1092, n° 996 ; M. Haschke-Dournaux, *Les voies de la réforme du droit pénal des sociétés*, *Bull. Joly* 2003, p. 377, n° 75. Cf. également circulaire crim. 30 janv. 2002, *JCP E* 2002, p. 580, n° 550.

3. Cf. Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2002, p. 95.

4. M. Bouton a été le successeur de M. Viénot à la présidence de la *Société Générale*. Sur son rapport, jugé trop timide par les médias, v. les commentaires de J. Paillusseau, *D.* 2002, p. 2722 ; A. Couret, *Bull. Joly* 2002, p. 1126, n° 245 ; A. Guengant, *JCP E* 2002, p. 1682. V. la synthèse réalisée par l'IFA (Institut Français des Administrateurs) in *La gouvernance des sociétés cotées*, mai 2007.

5. Cf. sur cette loi, les commentaires A. Couret, *JCP E* 2003, 1290 ; A. Lienhard, *D.* 2003, p. 1996 ; D. Schmidt, *Bull. Joly* 2004, p. 321, n° 62 ; N. Rontchevsky et M. Storck, *RTD com.* 2003, p. 758 ; H. Le Nabasque, *Bull. Joly* 2003, p. 859, n° 185 *Adde* 2e journée Gavalda in *Rev. sociétés* 2003, p. 719.

Les textes régissant spécialement les sociétés anonymes sont les articles L. 224-1 à L. 225-257 et R. 224-1 à R. 225-170 du Code de commerce et, pour les infractions pénales, les articles L. 242-1 à L. 242-30. Les valeurs mobilières sont régies par les articles L. 228-1 à L. 228-106 et R. 228-1 à R. 228-96.

La place considérable de cette réglementation correspond au rôle économique et financier joué par les sociétés anonymes.

249 Rôle économique et financier des sociétés anonymes ◇ La formule de Ripert n'a jamais été sérieusement contestée : la société anonyme a été « le merveilleux instrument du capitalisme moderne » et, après lui, le Professeur Champaud a démontré de façon décisive « le pouvoir de concentration de la société par actions » ¹. Ces phénomènes seront envisagés dans la troisième partie du *Précis* consacrée aux groupes de sociétés (*infra*, n^{os} 635 s.).

Il convient d'insister ici sur les changements importants qui sont intervenus avec les privatisations entreprises depuis 1986, dans la composition de l'actionnariat des sociétés dénationalisées ².

Alors que les pouvoirs publics avaient tout fait pour inciter les épargnants à se regrouper dans des SICAV ou des fonds communs de placement, à tel point qu'ils n'étaient plus les actionnaires directs des sociétés, un mouvement inverse s'est opéré avec les privatisations.

Le succès spectaculaire remporté par les offres publiques de vente (OPV) auprès des épargnants et des salariés des sociétés : 1,5 million pour *Saint-Gobain*, plus du double chez *Paribas*, 2,2 millions à la *CGE*, plus de 3 millions chez *Elf-Aquitaine* et *France-Télécom*... a fait que le nombre direct des actionnaires des sociétés anonymes françaises est passé de 1,7 million en 1982 à 5,6 millions en mai 2000 ³. L'irruption de la « nouvelle économie » ⁴ et l'accès facilité au marché boursier grâce à la multiplication des courtiers en ligne ont même accentué l'engouement pour la bourse, en faisant grimper le nombre d'actionnaires, un an plus tard, à 6,1 millions ⁵.

Le développement de « l'actionnariat populaire » n'a pas été sans effets pervers. Au-delà des problèmes matériels posés (communication, frais de convocation, gestion des titres...) l'atomisation de l'actionnariat fragilise les sociétés, et la constitution de « noyaux stables », contestée par certains, n'a protégé que pour un temps limité (*infra*, n° 317) les sociétés contre des OPA (offres publiques d'acquisition) inamicales. Les actionnaires joueurs sont

1. Préf. Y. Loussouarn, Sirey 1962.

2. Ph. Bissara, *Les mutations de l'actionnariat et le fonctionnement des sociétés cotées*, in *Mélanges D. Schmidt*, Joly 2005, p. 61 ; Y. Guyon, *Actionnaires et consommateurs* ; P. Mousseron, *L'associé consommateur*, in *Mélanges J. Calais-Auloy* Dalloz 2003.

3. *La Tribune*, 5 juill. 2000. V. le rapport du sénateur J. Bourdin, *Les Français et les actions*, Sénat n° 367, 25 juin 2003.

4. R. Schiller, *L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2001, p. 47.

5. *Les Échos* 11 juill. 2001.

partis rapidement, quelques mois après avoir engrangé des gains substantiels.

On peut également se demander si ces ponctions importantes n'ont pas nuï aux autres sociétés qui auraient eu besoin d'augmenter leur capital ou de lancer des emprunts obligataires.

Un autre phénomène tient à la place de plus en plus grande prise par les **investisseurs étrangers**, notamment les fonds américains, allemands et britanniques, dans les sociétés françaises les plus importantes. Les investisseurs étrangers détenaient en effet 38,5 % de la capitalisation boursière des sociétés françaises du CAC 40 à fin 2007, ¹.

Ce phénomène s'explique par l'internationalisation des portefeuilles des grands fonds anglo-saxons et l'arrivée des **fonds souverains** ². Il n'est donc pas propre à la France. Il entraîne cependant des conséquences importantes : pour ces investisseurs, la rentabilité est l'objectif primordial. Ce qui compte, c'est la valorisation du titre dans l'avenir et ces fonds réclament donc une stratégie claire ainsi qu'une plus grande transparence des comptes ³.

Ces exigences ne peuvent que favoriser le développement du **gouvernement d'entreprise** en France et se sont concrétisées dans quelques dispositions importantes de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 et de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003. Mais ces investisseurs étrangers sont essentiellement « mobiles » et leur vue n'est pas nécessairement celle des dirigeants français, qui se présentent comme plus soucieux du long terme et attachés à l'intérêt social, qui va au-delà du seul intérêt des actionnaires (*supra*, n° 52-1) ⁴.

Les « fonds activistes » (par ex. *Centaurus*, *Pardus*, *Atticus*) sont accusés de ne rechercher que les plus-values et les dividendes à court terme, sans tenir compte de l'intérêt social et du long terme. De leur côté, ils prétendent intervenir pour « réveiller les belles endormies ». S'ils ne réussissent pas à établir le dialogue avec le

1. Étude *Banque de France in Les Echos* 1^{er} juillet 2008. Ce chiffre était cependant en recul de 6,8 points par rapport à la fin de l'année 2006. La BdF estime que les investisseurs ont eu tendance, en ces périodes de turbulence, à limiter leur exposition aux marchés étrangers. Cf. égal. Rapport F. Morin, *Le modèle français de détention et de gestion du capital*, p. 217, Les Éditions de Bercy, 1998 ; Rapport Sénat, préc. J. Bourdin, n° 367, 25 juin 2003, *Les Français et les actions ; pour une relation de confiance au service de la croissance*.

2. Les **fonds souverains** sont des fonds d'investissement, détenus par des Etats qui les alimentent grâce à leurs revenus pétroliers (pays du Golfe, Norvège...) ou leurs excédents commerciaux (Chine). Le premier fonds a été créé au Koweït dans les années 1950. Après s'être contentés d'investir dans des produits jugés peu risqués (par ex. les bons du Trésor américains), ils ont développé une stratégie plus agressive et ont investi, par exemple, de façon importante, depuis 2007, dans les grandes banques internationales affaiblies par la crise des *subprimes* (*Citigroup*, *UBS*, *Morgan Stanley*, *Merrill Lynch*). Cf. *Fonds souverains, Prédicateurs ou Sauveurs ?* (*Le Monde*, 17 janv. 2008). La taille globale des fonds souverains a été évaluée en 2007, avant la crise, à 3 500 milliards de dollars (*Les Echos* 30 avril 2008).

3. Cf. Ph. Bissara, *L'influence de la professionnalisation de l'actionnariat des sociétés cotées sur le fonctionnement de ces dernières*, in *Mélanges M. Vasseur*, Banque 2000, p. 11.

4. Cf. E. Izraelewicz, *Le capitalisme zinzin*, Grasset 1999 ; P.Y. Gomez, *La République des actionnaires*, Syros 2001.

management, leur contestation se déplace en assemblée générale où, dès lors qu'ils détiennent environ 20 % du capital, leur rôle est essentiel ¹.

250 Plan ◇ L'importance de la société anonyme conduit à lui réserver la place essentielle dans ce *Précis*. Sept chapitres lui sont consacrés :

- Chapitre 1 : La constitution de la société anonyme (n^{os} 251 à 266) ;
- Chapitre 2 : Les valeurs mobilières (n^{os} 267 à 370) ;
- Chapitre 3 : Les organes de gestion de la société anonyme (n^{os} 371 à 455) ;
- Chapitre 4 : Les assemblées générales d'actionnaires (n^{os} 456 à 497) ;
- Chapitre 5 : Les organes de contrôle (n^{os} 498 à 528) ;
- Chapitre 6 : Les salariés (n^{os} 529 à 542) ;
- Chapitre 7 : La vie de la société anonyme (n^{os} 543 à 588).

1. V. par ex. en 2008, leur rôle dans les A. G. de *Valeo*, *Atos Origin*. Cet activisme actionnarial devient également le fait d'investisseurs plus traditionnels : *Wendel Investissement* dans *Saint Gobain*, *Groupe Arnault* dans *Carrefour*, *Vincent Bolloré* chez *Aegis*.

CHAPITRE 1

LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

251 *Caractéristiques* ◇ La constitution de la société anonyme est libre depuis la loi du 24 juillet 1867 qui a supprimé la nécessité de l'autorisation gouvernementale (*supra*, n° 246) ¹. Mais elle n'en demeure pas moins une opération complexe, souvent longue, malgré les mesures de simplification régulièrement prises ². Après avoir indiqué les conditions de fond (section 1) qui doivent être réunies pour créer une telle société, il conviendra de préciser les procédures de constitution de la SA (section 2) suivant qu'il est fait ou non offre au public ³.

Dans la loi de 1966, une distinction était opérée selon qu'il était fait ou non **appel public à l'épargne**. Cette notion a été supprimée et remplacée par celle d'**offre au public de titres financiers** par l'ordonnance du 22 janvier 2009 (*infra*, n° 256).

SECTION 1. LES CONDITIONS DE FOND DE CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

252 *Associés* ◇ Le nombre des associés (actionnaires) ne peut être inférieur à sept (art. L. 225-1) ⁴. À la différence de la SARL (*supra*, n° 177), aucun maximum n'est cependant fixé. Si durant la vie sociale, le nombre d'actionnaires est réduit à moins de sept depuis plus d'un an, le tribunal de commerce peut, à la demande de tout intéressé, prononcer la dissolution de la société. Cependant, le tribunal a la possibilité d'accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. En outre, il ne peut pas prononcer la dissolution si, le jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu (art. L. 225-247).

Le nombre de sept associés a été emprunté à la loi anglaise qui exige sept fondateurs. Ce minimum est de plus en plus contesté. D'une part, dans les petites sociétés où la quasi-totalité du capital est détenue par celui qui prend l'initiative de

1. Sur les activités interdites aux sociétés anonymes ou réglementées, cf. *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, n°s 7107, 7109.

2. V. *supra*, n° 56.

3. Sur les sanctions des règles de constitution, cf. *supra*, n°s 67 s.

4. Une société dont le nombre des actionnaires est inférieur à sept au moment de la constitution, ne peut pas être annulée (art. L. 235-1 al. 1^{er}). V. cependant Com. 17 juill. 1974, *Rev. sociétés* 1975, 649, J. Hémard.

créer la SA. D'autre part, dans les groupes de sociétés, les filiales sont le plus souvent détenues à près de 100 % par la société mère. Dans les deux situations, seul l'actionnaire principal est un véritable associé, les six autres ne sont nommés que pour se conformer aux prescriptions légales.

Le rapport Marini préconisait d'autoriser la constitution de SA entre deux personnes ou même par une seule si la société ne fait pas appel public à l'épargne (p. 33) ¹. Actuellement, dans les SELAFA (sociétés d'exercice libéral à forme anonyme), il suffit de 3 actionnaires (art. 4 L. 31 déc. 1990), et dans les SAS, d'un seul associé (*infra*, n° 595-18 s.).

Les actionnaires n'ayant pas, à ce titre, la qualité de commerçant, le majeur protégé, le mineur peuvent entrer dans une société anonyme. Il n'y a aucune incompatibilité ou interdiction limitant l'accès à ce type de société. Une personne morale peut être actionnaire d'une SA ; toutefois elle pourra être soumise à la réglementation sur les participations croisées (*infra*, n° 662).

- 253 Capital social** ² ◇ Depuis l'ordonnance du 22 janvier 2009, qui a supprimé la notion d'appel public à l'épargne, le capital social de toutes les sociétés anonymes, qu'elles se constituent avec ou sans offre au public, doit être au minimum de **37 000 €** (art. L. 224-2 nouv.) ³. Les clauses de variabilité du capital sont interdites dans les sociétés anonymes autres que les coopératives et les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), ce qui signifie que le capital ne peut changer qu'à la suite d'une modification des statuts.

La réduction du capital social à un montant inférieur au minimum légal ne pourrait être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital régularisant la situation, à moins que la société ne change de forme. En cas d'inobservation de ces dispositions, tout intéressé peut demander en justice la dissolution, mais cette dissolution ne peut être prononcée si, au jour où le tribunal statue sur le fond, la régularisation a eu lieu (art. L. 224-2).

- 254 Objet social** ◇ La société anonyme est commerciale par sa forme, que son objet soit civil ou commercial (art. L. 210-1 al. 2). Celui-ci doit être, comme pour toutes les sociétés, possible et licite. On relèvera simplement que certaines activités sont interdites aux sociétés anonymes. C'est ainsi qu'une officine pharmaceutique ne peut être exploitée sous forme sociétaire que dans le cadre d'une société en nom collectif, d'une SARL ou d'une société

1. Cf. R.M. JO déb. Sénat 6 févr. 1997, p. 387 ; Bull. Joly 1997, p. 310, n° 123.

2. Cf. S. Dana-Demaret, *Le capital social*, préf. Y. Reinhard, Litec 1989. *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, Colloque Deauville Droit et commerce juin 1990, in *RJ com.* numéro spécial, nov. 1990 ; A. Couret, H. Le Nabasque et alii, *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz 2004.

3. Auparavant, la S. A. qui se constituait en faisant appel public à l'épargne devait avoir un capital minimum de 225 000 €.

d'exercice libéral (art. L. 5125-17 CSP). D'autres, au contraire, doivent nécessairement revêtir la forme de société anonyme (par ex. les sociétés d'assurance, art. L. 322-1 C. assur. ; sociétés immobilières d'investissement, art. 33 L. 15 mars 1963).

SECTION 2. LES PROCÉDURES DE CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

255 Justification de la dualité ◇ La loi de 1966 s'est inspirée d'une distinction fréquente à l'étranger, entre fondation simultanée et fondation successive. La fondation est *simultanée* lorsque les fondateurs, disposant des capitaux nécessaires, souscrivent eux-mêmes la totalité du capital. La société se constitue « en circuit fermé »¹. L'opération peut être rapide et ne nécessite pas la mise en place d'un dispositif particulier de protection. En revanche, lorsque les fondateurs ne disposent pas des capitaux nécessaires ou ne sont pas disposés à souscrire la totalité du capital, ils doivent s'adresser au public en lui offrant des titres en souscription. L'opération va nécessiter plus de temps ; la fondation est *successive*. Il est indispensable de protéger les éventuels souscripteurs contre des fondateurs peu scrupuleux, les formalités sont obligatoirement plus lourdes. La distinction a été reprise par le législateur qui a retenu deux procédures de constitution, l'une simple, très proche de celle de la SARL, l'autre plus complexe lorsque les fondateurs font une offre au public.

256 De l'appel public à l'épargne (APE) à l'offre au public de titres financiers ◇ La notion d'appel public à l'épargne avait d'abord été définie par l'article 72 de la loi du 24 juillet 1966 qui énonçait des présomptions d'appel public applicables aux sociétés par actions, sans toutefois donner de définition précise de cette notion.

L'insécurité juridique engendrée par l'article L. 72² n'était pas satisfaisante pour les sociétés, qui étaient soumises à des obligations très contraignantes dès lors qu'elles étaient censées faire publiquement appel à l'épargne. Plusieurs réformes avaient été opérées afin de préciser le concept qui demeurait cependant essentiellement français (v. anc. art. L. 411-1 C. mon.).

Afin de restaurer la compétitivité de la place financière de Paris, l'**ordonnance du 22 janvier 2009**³ a supprimé la notion d'appel public à l'épargne

1. Escarra, n° 689, p. 411.

2. B. François, *L'appel public à l'épargne, critère de distinction des sociétés de capitaux*, Thèse Paris II, 2003.

3. Cette ordonnance relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière a été prise à la suite de l'habilitation donnée au gouvernement par la loi de

pour se rapprocher du référentiel européen en adoptant la notion d'offre au public. Doit être ainsi facilité le financement des entreprises sur les marchés de capitaux en rapprochant le droit français applicable en matière d'offre au public de titres financiers des standards communautaires connus des investisseurs internationaux.

Ces sociétés, qui tombent alors sous le contrôle de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), sont en effet soumises à des obligations spécifiques ayant trait aux conditions de leur constitution, aux différentes publicités auxquelles elles doivent procéder en cours de vie sociale, à la publicité de plus en plus lourde des comptes et des informations financières.

L'offre au public de titres financiers est, selon l'article L. 411-1 nouv. C. mon., constitué 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 ».

Cependant, un certain nombre de **dérogations** sont apportées par l'article L. 411-2, I et II nouv. C. mon. :

– **Ne constitue pas une offre au public** au sens de l'article L. 411-1 l'offre qui porte sur des titres financiers mentionnés au 1 ou au 2 du I de l'article L. 211-1, lorsqu'elle porte sur des titres que l'émetteur est autorisé à offrir au public et :

1. Dont le montant total est inférieur à un montant fixé par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ou à un montant et une quotité du capital de l'émetteur fixés par le règlement général. Le montant total de l'offre est calculé sur une période de douze mois dans des conditions fixées par le règlement général ;

2. Ou lorsque les bénéficiaires de l'offre acquièrent ces titres financiers pour un montant total par investisseur et par offre distincte supérieur à un montant fixé par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ;

3. Ou lorsque la valeur nominale de chacun de ces titres financiers est supérieure à un montant fixé par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

Le règlement général de l'AMF a précisé que ne constitue pas une offre au public une offre de titres financiers présentant l'une des caractéristiques suivantes : 1° Son montant total est inférieur à 100 000 euros ; son montant total est compris entre 100 000 et 2 500 000 euros et elle porte sur des titres qui ne représentent pas plus de 50 % du capital de l'émetteur ; 3° Elle est adressée à des investisseurs qui acquièrent les titres pour un montant total d'au moins 50 000 euros par investisseur et par offre

distincte ; 4° Elle porte sur des titres dont la valeur nominale s'élève au moins à 50 000 euros (art. 211-2 Règl. gén. AMF).

– **Ne constitue pas non plus une offre au public** celle qui s'adresse exclusivement :

1. *Aux personnes fournissant le service d'investissement de gestion de portefeuille pour compte de tiers ;*

2. *A des investisseurs qualifiés ou à un cercle restreint d'investisseurs, sous réserve que ces investisseurs agissent pour compte propre ».*

Selon ce même article, un **investisseur qualifié** est une personne ou une entité disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers. La liste des catégories d'investisseurs reconnus comme qualifiés est fixée par les articles D. 411-1 et 411-2 C. mon.

Un **cercle restreint d'investisseurs** est composé de personnes, autres que des investisseurs qualifiés, dont le nombre est inférieur à 100 (art. D. 411-4 C. mon.).

Sont également exclues de ce champ d'application, aux termes de l'article L. 411-3 nouv. C. mon., l'offre ou l'admission aux négociations sur un marché réglementé :

– de titres financiers inconditionnellement et irrévocablement garantis ou émis par un État membre de la Communauté européenne ou par un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ;

– de titres financiers émis par un organisme international à caractère public dont la France fait partie ;

– de titres financiers émis par la Banque centrale européenne ou la banque centrale d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ;

– de titres financiers émis par un organisme mentionné au 1 ou au 5 du I de l'article L. 214-1 ;

– de titres de créances négociables d'une durée inférieure ou égale à un an.

Les personnes ou les entités qui procèdent à une offre au public de titres financiers ou à une admission de titres financiers aux négociations sur un marché réglementé doivent, au préalable, établir un projet de **prospectus** et le soumettre au visa de l'AMF (art. 212-1 s. Règl. gén. AMF ; sur les dispenses, cf. art. 212-4 s.).

Ce document contient toutes les informations qui sont nécessaires pour permettre aux investisseurs d'évaluer en connaissance de cause le patrimoine, la situation financière, les résultats et les perspectives de l'émetteur et des garants éventuels des titres financiers qui font l'objet de l'offre au public ou dont l'admission aux négociations sur un marché réglementé est demandée, ainsi que les droits attachés à ces titres et les conditions d'émission (art. 212-7) ¹.

Le règlement général fixe également les conditions dans lesquelles il est procédé à l'information du public lorsque des titres financiers ont été admis

1. Cf. N. Rontchevsky, *RTD com.* 1999, p. 694.

aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation (art. L. 412-1, II nouv. C. mon.).

La loi réglemente longuement la constitution avec offre au public (art. L. 225-2 à L. 225-11) alors que pratiquement toutes les sociétés se constituent sous forme de société fermée, sans offre au public (art. L. 225-12 à L. 225-16). L'essentiel des développements sera donc réservé aux sociétés qui se constituent sans offre au public.

§ 1. La constitution sans offre au public

257 *Projet de statuts* ◇ Quelquefois, les fondateurs de la société ¹, qui seront en principe les futurs actionnaires, signent un *protocole d'accord* qui consigne leur engagement sur les points les plus importants que soulèvent la création et le fonctionnement de la société (soutien bancaire pour le financement, structure de la société avec conseil d'administration, ou avec directeur et conseil de surveillance, dissociation des fonctions de Président-directeur général ou non, orientation de l'entreprise...). Ce protocole peut s'analyser en une promesse de société (*supra*, n° 57) qui constitue à l'égard des contractants une obligation de faire. Son inexécution pourrait se résoudre en dommages-intérêts (art. 1142 C. civ.).

Bien que la loi n'exige pas la rédaction d'un *projet de statuts* (art. L. 225-12 excluant L. 225-2), on imagine mal les futurs actionnaires réalisant leurs apports sans connaître les clauses essentielles du pacte social. En pratique, il est fréquent qu'un avocat spécialisé ou un notaire ² élabore un projet de statuts qui sera très proche de la version définitive.

258 *Souscription du capital social* ³ ◇ Le capital social, qui est au minimum de 37 000 euros (art. L. 224-2, al. 1), doit être intégralement souscrit et sans condition (art. L. 225-3, al. 1 et L. 225-12) par un minimum de sept personnes, parmi lesquelles doit figurer au moins une personne physique ⁴.

Ce capital social est divisé en actions. Le montant nominal des actions est fixé librement par les statuts (art. L. 228-8).

1. Ni la loi, ni le décret ne mentionnent les « fondateurs » pour les SA ne faisant pas d'offre au public, alors qu'en fait les personnes qui prennent l'initiative de la constitution de la société ont bien cette qualité (v. *Mémento Lefebvre* n° 7166 et *supra*, n° 73).

2. Leurs conseils peuvent être précieux non seulement dans le domaine strictement juridique, mais sur le terrain fiscal, en particulier sur le régime des apports.

3. Sur le régime fiscal des apports, *supra* n° 34-1.

4. Dans la SA de type classique, elle sera président du conseil d'administration (art. L. 225-47, al. 1 ; *infra*, n° 418). Dans la SA de type nouveau, les membres du directoire ou le directeur général unique sont des personnes physiques, mais ils peuvent être choisis en dehors des actionnaires (art. L. 225-59, al. 3). En revanche, le président et le vice-président du conseil de surveillance qui doivent être actionnaires, sont nécessairement des personnes physiques (art. L. 225-81, al. 2 ; *infra*, n° 450).

Les sociétés n'ont toutefois pas intérêt à émettre des actions d'un nominal trop élevé, si elles veulent attirer de petits épargnants. Depuis la loi du 2 juillet 1998, il est permis de créer des actions sans valeur nominale (*infra*, n° 277).

Normalement, il n'y a pas lieu d'établir de bulletins de souscription : l'engagement des souscripteurs résultera de la signature des statuts. Mais, en pratique, si la constitution de la société risque de prendre un certain temps (éloignement de certains souscripteurs, procédure de vérification des apports en nature, *infra*, n° 261) il est usuel de faire signer un bulletin de souscription simplifié, contenant les clauses essentielles du projet de statuts et, éventuellement, un mandat pour la signature du pacte social.

La question de la nature juridique de la souscription a agité pendant longtemps la doctrine. Certains y ont vu un contrat synallagmatique ; d'autres ont eu recours à l'idée de représentation (gestion d'affaires, stipulation pour autrui). Mais toutes ces explications achoppent sur le fait que le souscripteur ne saurait contracter ni avec les fondateurs (*nemo plus juris...*) ni avec la société (qui n'existe pas encore). Admettre de façon exceptionnelle l'engagement unilatéral de volonté est l'explication la plus satisfaisante ¹.

En tout cas, il est désormais unanimement admis que la souscription a un caractère commercial (adhésion à une société de commerce), ce qui donne compétence aux juridictions consulaires en cas de contestation ².

259 Libération des actions ◇ La libération est l'exécution de la souscription par la réalisation de l'apport promis, soit en numéraire, soit en nature, puisqu'il ne peut pas y avoir d'apport en industrie dans les sociétés anonymes (art. L. 225-3 *in fine* ; *supra*, n° 34 ; pour les SARL, *supra*, n° 181).

260 Libération des apports en numéraire ◇ Les actions de numéraire doivent être libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale (art. L. 225-3, al. 2) ³.

Cette exigence légale vise à écarter les souscriptions fictives ou imprudentes et à mettre à la disposition de la société les fonds nécessaires à son démarrage. Cette moitié n'est qu'un minimum ; les futurs actionnaires peuvent toujours prévoir une libération intégrale dès la souscription. À défaut, la libération du non versé doit intervenir en une ou plusieurs fois sur

1. Rapp. Com. 5 oct. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1219, n° 282, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1999, p. 821, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2000, n° 2, Th. Bonneau. V. égal. G. Trébulle, *L'émission de valeurs mobilières*, *Economica*, 2002.

2. Com. 6 déc. 1966, *D.* 1967, p. 267. V. égal. depuis, l'art. L. 721-3, 2°.

3. Par inadvertance, n'a pas été modifié le dispositif pénal, aux termes duquel, les fondateurs, le président, les administrateurs, les directeurs généraux qui auraient émis des actions de numéraire sans que celles-ci aient été libérées à la souscription d'un quart au moins de leur valeur nominale, s'exposeraient à une amende pouvant aller jusqu'à 9 000 € et/ou un emprisonnement jusqu'à un an (art. L. 242-1 al. 2).

décision du conseil d'administration (ou du directoire) ¹ dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés (art. L. 225-3, al. 2) ².

Lorsqu'il n'a pas été procédé dans le délai de cinq ans aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité (art. 1843-3, al. 5 C. civ.).

Tant que les actions ne sont pas intégralement libérées, elles doivent rester sous forme nominative (art. L. 228-9), ce qui permet de déterminer le propriétaire de l'action tenu des versements complémentaires.

Les souscripteurs et cessionnaires successifs sont tenus solidairement du montant non libéré de l'action (art. L. 228-28, al. 1), mais seulement jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans après la date à laquelle les actions ont été virées du compte du cédant à celui du cessionnaire (al. 3). Celui qui a désintéressé la société dispose d'un recours pour le tout contre les titulaires successifs de l'action : la charge définitive de la dette incombe au dernier d'entre eux (al. 2) ³.

En cas de « défaillance » de l'actionnaire, les intérêts moratoires sont dus et des dommages-intérêts peuvent lui être réclamés (art. 1843-3 al. 6 C. civ.). Les actions sur lesquelles les versements exigibles n'ont pas été effectués cessent de donner le droit d'accès et de vote aux assemblées générales. Le droit aux dividendes et le droit préférentiel de souscription sont également suspendus (cf. art. 228-29 et R. 228-26). La société peut également faire vendre les actions en bourse (« exécution en bourse ») ou aux enchères publiques si elles ne sont pas cotées (cf. art. L. 228-27 et R. 228-24 s.) ⁴.

Les versements sont faits pour le compte de la société en formation, soit entre les mains des fondateurs qui doivent les déposer dans les huit jours chez un notaire, dans un établissement de crédit ou à la Caisse des dépôts et consignations, soit directement entre les mains du dépositaire (art. L. 225-5 et R. 225-6) ⁵. Ce dépôt doit éviter que les fondateurs ne disparaissent avec les fonds qui leur ont été remis.

1. Com. 15 juill. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 103, J.-F. Barbière ; *Dr. sociétés* 1992, n° 234, H. Le Nabasque. Sur la preuve de la libération du solde, Dijon 31 mars 2005, *BRDA* n° 21-2005, p. 3.

2. Paris 19 sept. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 1019, n° 355 et p. 1125, n° 390, Ch. Hannoun ; *Rev. sociétés* 1992, p. 123, Y.G. Sur la libération du capital d'une société en liquidation judiciaire, Com. 17 juill. 2001, *D. aff.* 2001, p. 2515, A. Lienhard ; B. Feugère, *La libération du capital*, *JCP E* 2000, p. 834. Sur les conditions de la libération par compensation avec un compte courant d'associé, Com. 18 janv. 2000 *BRDA* n° 5-2000, p. 3 (société en liquidation judiciaire ; absence de connexité). Sur la compensation en période suspecte, Com. 28 mai 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 948, n° 345, J.-M. Calendini.

3. Paris 10 janv. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 301, n° 92, P. Tassard.

4. La société a également la possibilité d'intenter une action en paiement selon les règles du droit commun, Paris 27 nov. 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 389, Y.G.

5. Sur les établissements de crédit habilités à recevoir les dépôts de fonds, R.M. *JO déb.* AN 22 mai 1989, p. 2354 ; *Bull. Joly* 1989, p. 520, n° 183. Sur la situation dans laquelle une banque refuse le dépôt, R. M. *JO déb. Ass. nat.* 20 juin 2006, p. 6639 ; *BRDA* n° 15-16-2006, p. 3.

Les versements peuvent être faits en espèces, par chèque, par virement bancaire ou postal ¹.

Ils sont accompagnés d'une liste des souscripteurs indiquant les noms et adresses et les sommes versées par chacun. Jusqu'au retrait des fonds déposés, tout souscripteur peut obtenir du dépositaire communication ou copie de cette liste (art. L. 225-5, al. 1 et R. 225-6).

Les versements sont constatés par un certificat du dépositaire établi, au moment du dépôt des fonds, sur présentation de la liste des actionnaires mentionnant les sommes versées par chacun d'eux (art. L. 225-13). Il ne s'agit que d'une simple constatation matérielle ².

Les fonds déposés sont indisponibles jusqu'à l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés (art. L. 225-11, al. 1) ³. Ils ne peuvent donc pas faire l'objet d'une compensation avec un compte destiné à enregistrer les opérations passées au nom de la future société ⁴.

261 Libération des apports en nature ◇ Le législateur a craint que les apporteurs en nature (*supra*, n° 30), suivant une tendance naturelle, exagèrent la valeur de leurs biens, au détriment de la société, des tiers et des associés ayant réalisé un apport en numéraire. Il a donc organisé une procédure de vérification des apports en nature.

La procédure de vérification s'applique même si la société n'est entièrement constituée qu'avec des apports en nature. À la demande d'un ou plusieurs fondateurs, le président du tribunal de commerce, statuant sur requête, désigne un ou plusieurs **commissaires aux apports** ⁵ choisis parmi les commissaires aux comptes inscrits ou parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et les tribunaux (art. L. 225-8, al. 1 et R. 225-7, al. 1 et 2). Pour préserver l'indépendance des commissaires aux apports, la loi les soumet aux mêmes incompatibilités que les commissaires aux comptes (art. L. 225-8 al. 1 nouv., L. 822-11), sous peine de sanctions pénales (art. L. 242-5).

1. Sur les conséquences d'apports fictifs, cf. Amiens 30 avr. 1975, *RJ com.* 1978, p. 310, J.-P. Sortais (*supra*, n°s 28, 68).

2. La loi du 3 janv. 1983 a supprimé la *déclaration notariée de versements*, considérée comme inutilement coûteuse et compliquée pour une vérification purement matérielle.

3. Com. 19 mai 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 763, J. Stoufflet ; *Bull. Joly* 1998, p. 952, n° 292, P. Serlooten ; *JCP E* 1998, p. 1696, Th. Bonneau ; Com. 29 juin 1999, *RJDA* 1999, p. 874, n° 1086.

4. Paris 23 sept. 1982, *BRDA* 24-1982, p. 18.

5. S. Doyen, *Étendue de la mission du commissaire aux apports*, *Gaz. Pal.* 1982, II, doct. p. 486. Quelquefois, les apporteurs en nature concluent avec les autres souscripteurs un **traité d'apport** réglant les modalités et les conditions de l'apport. (V. également en cas d'augmentation de capital, *infra*, n° 565). Ce traité permet d'agir en dommages-intérêts contre l'apporteur si celui-ci refusait sans motif légitime de signer les statuts définitifs. Mais il n'empêche que la description et l'évaluation de l'apport doivent figurer dans les statuts soumis à la signature des actionnaires (*Mémento Lefebvre* n° 7195).

Le commissaire établit sous sa responsabilité un rapport sur l'évaluation des apports en nature, dans lequel il décrit chacun des biens apportés, indique le mode d'évaluation adopté et les raisons pour lesquelles il a été retenu. Il affirme également que la valeur des apports correspond au moins au nominal des actions à émettre (art. R. 225-8).

Le commissaire aux apports peut se faire assister, dans l'accomplissement de sa mission, par un ou plusieurs experts de son choix (évaluation délicate d'un bien de nature particulière : marque, brevet...). Les honoraires de ces experts sont à la charge de la société (art. R. 225-7, al. 3).

Le rapport du commissaire est tenu, à l'adresse prévue du siège social, à la disposition des futurs actionnaires, qui peuvent en prendre copie, trois jours au moins avant la date de signature des statuts (art. R. 225-14). C'est la signature des statuts qui vaudra approbation de l'évaluation des apports (*infra*, n° 263). L'apporteur et les autres actionnaires ne sont pas garants de cette valeur vis-à-vis des tiers (comp. pour la SARL, *supra*, n° 180).

Le commissaire aux apports est responsable civilement des fautes qu'il peut commettre dans l'exercice de sa mission ¹. Sa responsabilité pénale pourrait être également recherchée en cas de majoration frauduleuse des apports en nature (art. L. 242-2, 4°) ².

Une procédure de vérification analogue à celle ci-dessus décrite doit être également mise en œuvre en cas d'acquisition par la société, dans les deux ans de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, de biens appartenant à un actionnaire, et dont la valeur est au moins égale à un dixième du capital social (art. L. 225-101 et R. 225-103) ³.

À la différence des apports en numéraire, les apports en nature doivent être transférés immédiatement et intégralement, en propriété ou en jouissance (art. L. 225-3, al. 3).

262 **Avantages particuliers** ◇ Il se peut qu'à l'occasion de la fondation de la société, certains associés, ou même des tiers, aient rendu quelques services

1. V. par ex. Amiens (Ch. réu.) 15 juin 1981, BCNCC, 1981, 359, E. du Pontavice, et sur pourvoi, rejet par Com. 26 mai 1983, *Bull. civ.* IV, n° 153, p. 134. *Addé* Com. 5 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1981, I, 74, APS.

2. J.-M. Robert, *Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature*, D. 1974, Chron. 97. Cf. par ex. Crim. 18 juin 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 637, B. Boulloc ; Crim. 12 avr. 1976, affaire du « Bon Marché », JCP 1977, II, 18523, Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1977, 293, B. Boulloc ; v. également à propos de cette affaire, M. Trochu, M. Jeantin et D. Langé, « De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés », D. 1975, Chron. 7.

3. Cette disposition (L. 30 déc. 1981) a été imposée par la 2e directive européenne. Elle doit permettre de maintenir la réalité du capital social et d'éviter d'avantager certains actionnaires. V. J. Bardoul, *L'achat d'un bien important à un actionnaire, par une société anonyme, moins de deux ans après sa constitution*, *Rev. sociétés* 1983, 285. V. TGI Paris 25 janv. 1989, *Gaz. Pal.* 19 déc. 1989, *somm.*

plus ou moins effectifs et que les statuts ou un acte distinct leur accordent des avantages particuliers ¹. Ces avantages, qui doivent s'entendre de toute faveur, généralement de nature pécuniaire ², attribuée à titre personnel à un associé ou à un tiers ³, entraînent une rupture d'égalité entre actionnaires. C'est pourquoi une procédure identique à celle existant pour les apports en nature doit être suivie (art. L. 225-14, al. 2 et L. 225-8) ⁴. On peut ainsi espérer que, bien informés, c'est en toute connaissance de cause que les actionnaires consentiront ces avantages particuliers, en signant les statuts.

263 Signature des statuts ◇ C'est la formalité essentielle lorsque la société se constitue sans faire d'offre au public. À partir de cette date, la société est réputée constituée (*supra*, n° 59) même si elle ne jouit de la personnalité morale qu'à compter du jour de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (art. L. 210-6, al. 1 ; *supra*, n° 64).

Les statuts doivent contenir les mentions traditionnelles (art. L. 210-2, *supra*, n° 58) ⁵ et des indications propres aux sociétés anonymes : nombre d'actions émises et valeur nominale, clause d'agrément ; identité des apporteurs en nature et des bénéficiaires d'avantages particuliers ; dispositions relatives à la répartition des bénéfices, à la constitution des réserves, et à la répartition du *boni* de liquidation... (art. L. 225-14 et R. 224-2). Les statuts doivent également mentionner l'identité des premiers administrateurs ou des premiers membres du conseil de surveillance, ainsi que celle des premiers commissaires aux comptes (art. L. 225-16) ⁶, ce qui permettra l'accomplissement des formalités de publicité, puisque l'entrée en fonction des organes de direction et de contrôle ne sera effective qu'à partir du moment où la société jouira de la personnalité morale ⁷.

1. Th. Granier, *Définition des avantages particuliers*, Dr. sociétés, déc. 2003, p. 3 ; R. Percerou, La notion d'« avantage particulier », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz 1961, p. 171. Cf. égal. M. Germain, *Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées*, in *Mélanges P. Didier*, Economica 2008, p. 189.

2. V. cependant, Ph. Reigné et Th. Delorme, *La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers*, Bull. Joly 2002, p. 1117, n° 244.

3. Dividendes préciputaires, cumulatifs (*infra*, n° 291) ; droit de préférence sur l'actif social ; droit de préemption (Com. 15 févr. 1994, BRDA 10-1994, p. 5). L'avantage particulier peut être également consenti en cours de vie sociale (*infra*, n° 565) ; Ph. Engel et P. Troussière, *Création de catégories d'actions et stipulation d'avantages particuliers*, JCP E 1996, I, 585.

4. Sur la mission du commissaire aux apports, R.M. JO déb. AN 3 déc. 1990, p. 5543, Bull. Joly 1991, p. 60, n° 9.

5. Les statuts doivent indiquer la dénomination sociale de la société, qui doit être précédée ou suivie des mots « société anonyme » ou des initiales « SA », et de l'énonciation du montant du capital social. Le nom d'un ou plusieurs actionnaires peut être inclus dans la dénomination sociale (art. L. 224-1).

6. Les personnes désignées pour être administrateurs sont habilitées, dès leur nomination, à désigner le président du conseil d'administration et le directeur général. Il en est de même, le cas échéant, des personnes désignées pour être membres du conseil de surveillance, en ce qui concerne la nomination des membres du directoire ou du directeur général unique (art. R. 225-26 et R. 225-38).

7. Comp. Paris 4 déc. 1997, Bull. Joly 1998, p. 236, n° 89.

Sont annexés aux statuts le rapport du commissaire aux apports en cas d'apports en nature (art. L. 225-14, al. 1) et l'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation, avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulte pour la société (art. R. 210-6, al. 1^{er}).

Les statuts doivent être signés par tous les actionnaires, soit en personne, soit par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial (art. L. 225-15) ¹. Cette formalité permet d'éviter la procédure lourde de tenue d'une assemblée générale constitutive (*infra*, n° 265).

La signature des statuts marque l'engagement définitif des souscripteurs de participer à la société. Elle manifeste l'approbation des avantages particuliers et de l'évaluation des apports en nature. Mais elle ne vaut pas reprise des actes accomplis pour le compte de la société en formation, qui ne pourra intervenir que lorsque la société aura été immatriculée au registre du commerce et des sociétés (art. R. 210-6, al. 2). Généralement, les signataires donnent également mandat à l'un ou plusieurs des actionnaires de prendre des engagements pour le compte de la société jusqu'à son immatriculation. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que leurs modalités soient précisées par le mandat, c'est également l'immatriculation qui emportera reprise de ces engagements par la société (art. R. 210-6, al. 3 ; v. *supra*, n° 77 s.).

264 Formalités de publicité ◇ Les formalités sont les mêmes que pour toute société commerciale : enregistrement, insertion dans un journal d'annonces légales ; dépôt au greffe des statuts ; immatriculation au registre du commerce et des sociétés, insertion au BODACC (*supra*, n° 60 s.) ².

En ce qui concerne les opérations des sociétés anonymes intervenues avant le seizième jour de la publication au BODACC des actes et indications soumis à cette publicité, ceux-ci ne sont pas opposables aux tiers qui prouvent qu'ils ont été dans l'impossibilité d'en avoir connaissance (*cf.* art. L. 210-5 nouv.).

L'immatriculation est un acte particulièrement important puisqu'elle donne sa pleine capacité juridique à la société, qui jouit désormais de la personnalité morale (art. L. 210-6) ; les fondateurs sont libérés des obligations résultant des actes conclus pour le compte de la société en formation (*supra*, n° 79) et les fonds correspondant aux apports en numéraire peuvent être débloqués (art. L. 225-11 al. 1 et R. 225-11).

En cas de retard dans la constitution, tout souscripteur d'actions de numéraire peut, six mois après le dépôt des sommes qu'il a versées, exiger leur restitution sous déduction des frais de répartition (art. L. 225-11) ³.

1. Versailles 13 nov. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 200, n° 44, P. Le Cannu (nullité de la SA pour défaut de signature des statuts).

2. Les documents destinés aux tiers doivent indiquer la dénomination sociale, précédée ou suivie des mots « société anonyme » ou « SA » (art. R. 123-238). Les sanctions pénales prévues par l'art. L. 246-1 ont été supprimées par la loi pour l'initiative économique.

3. Versailles 12 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 699, n° 253, P. Le Cannu. La notion de constitution est loin d'être nette : si l'on peut estimer que la société est constituée dès la signature des

§ 2. La constitution avec offre au public

265 Complexité des opérations ◇ Comme il s'agit de réunir un grand nombre d'actionnaires et des capitaux importants, la constitution va durer plusieurs mois et nécessiter de nombreuses opérations, réglementées de façon minutieuse, qui, chronologiquement, sont les suivantes :

1) Un *projet de statuts* est établi et signé par un ou plusieurs fondateurs ¹. Un exemplaire sur papier libre est déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du futur siège social (art. L. 225-2, al. 1 et R. 224-2). Les tiers peuvent consulter ce projet et en obtenir copie à leurs frais (art. R. 225-2).

2) Une *notice*, signée des fondateurs, doit ensuite être publiée au BALO (art. L. 225-2, al. 2). Les indications qu'elle contient (art. R. 225-3) doivent permettre à tout souscripteur d'être renseigné sur les principales caractéristiques de la société. Un *prospectus* soumis au visa de l'AMF est également établi à l'intention du public ².

Les opérations de publicité peuvent alors commencer. Les annonces de presse, prospectus et circulaires qui reproduisent les énonciations de la notice, doivent indiquer le numéro du BALO dans lequel cette notice a été publiée (art. R. 225-4, al. 2) et faire état du visa de l'AMF.

3) On en vient alors à la phase de *formation du capital social*. Celui-ci ne doit plus être que de 37 000 €, depuis l'ordonnance du 2 janvier 2009, au lieu de 225 000 euros auparavant (art. L. 224-2, al. 1 nouv.). Les apporteurs de numéraire doivent signer eux-mêmes ou par mandataire un bulletin de souscription indiquant le nombre de titres souscrit. Une copie sur papier libre de ce bulletin obligatoire est remise au souscripteur (art. L. 225-4 et R. 225-5). À l'appui de sa souscription, le futur actionnaire doit libérer la fraction du montant nominal des actions à verser immédiatement, qui ne peut être inférieure à la moitié (art. L. 225-3, al. 2).

4) Les souscriptions et les versements sont constatés par un *certificat du dépositaire*, établi sur présentation des bulletins de souscription (art. L. 225-6). Ce certificat remplace la déclaration notariée (*supra*, n° 260).

5) L'*assemblée générale constitutive* est convoquée par les fondateurs après la délivrance du certificat du dépositaire (art. L. 225-7, al. 1). Cette assemblée délibère aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées extraordinaires (art. L. 225-9, al. 2). C'est dire qu'elle ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation le quart des actions ayant le droit de

statuts, les associés risquent de se trouver dans une situation délicate si, après qu'ils ont signé le pacte social, il n'y a pas d'immatriculation et que l'on décide que l'article L. 225-11, al. 2 n'est pas applicable, v. *supra*, n° 76. Cf. cependant Lyon 10 nov. 1983, D. 1984, p. 123, Y. Reinhard.

1. Ne peuvent être fondateurs les personnes déchues du droit d'administrer ou de gérer une société ou auxquelles l'exercice de ces fonctions est interdit (art. L. 225-2, al. 4) ; sur la notion de fondateur et les responsabilités civile et pénale encourues, *supra*, n°s 63 s., 73, 77 s.

2. Cf. art. L. 412-1 et L. 621-8 C. mon.

vote ¹. Chaque souscripteur dispose d'un nombre de voix proportionnel à la quotité de capital représentée par les actions qu'il a souscrites (art. L. 225-122). Les délibérations sont adoptées à la majorité des deux tiers des voix.

L'assemblée commence par constater que le capital est entièrement souscrit et que les actions sont libérées du montant exigible. Elle se prononce sur l'adoption des statuts, qui ne pourraient être modifiés qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs. Puis elle nomme les premiers administrateurs (ou membres du conseil de surveillance) et désigne un ou plusieurs commissaires aux comptes qui peuvent immédiatement accepter leurs fonctions (art. L. 225-7, al. 2). Elle approuve les actes accomplis pour le compte de la société en formation (art. R. 210-7, al. 1 et 2). Elle peut également donner mandat à un ou plusieurs administrateurs (ou membres du conseil de surveillance) de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve que ces engagements soient déterminés et que leurs modalités soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société emportera leur reprise (art. R. 210-7, al. 4).

En cas d'apports en nature ou d'octroi d'avantages particuliers, l'assemblée constitutive doit également se prononcer. Les intéressés n'ont voix délibérative ni pour eux-mêmes, ni comme mandataires, et leurs actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité (art. L. 225-10, al. 1 et 2). Si l'assemblée veut réduire l'évaluation des apports ou les avantages particuliers, elle doit statuer à l'unanimité de tous les souscripteurs (art. L. 225-8, al. 3). À défaut d'approbation expresse des intéressés, mentionnée au procès-verbal, la société ne serait pas constituée (art. L. 225-8, al. 4).

Il convient ensuite de procéder aux formalités de publicité, à l'immatriculation et au retrait des fonds, comme en cas de constitution sans appel public à l'épargne (*supra*, n° 264).

266 *Rareté de cette forme de constitution* ◇ La lourdeur des opérations nécessaires à la constitution d'une société anonyme avec offre au public a découragé les praticiens ².

Si la société doit se constituer avec un capital important, figureront parmi les fondateurs une ou plusieurs banques qui souscriront elles-mêmes la totalité du capital social ³. La constitution s'effectuant sous forme de société fermée, la procédure simplifiée est applicable. Plus tard les actions pourront faire l'objet d'une offre au public.

1. Ce quorum est généralement atteint, car le bulletin de souscription contient presque toujours un pouvoir en blanc. S'il ne l'est pas, sur deuxième convocation, ou sur deuxième convocation prorogée, le quorum n'est plus que du cinquième (art. L. 225-96, al. 2), v. *infra* n° 491.

2. En 2006, un seul visa avait été accordé pour une constitution de société avec appel public à l'épargne et aucun en 2005 (source : rapport annuel AMF 2007). Sur l'application de cette procédure aux augmentations de capital, v. *infra*, n° 554 s.

3. Les établissements de crédit peuvent constituer entre eux un « syndicat de prise ferme » sous forme, par exemple, de société en participation (*infra*, n° 601).

CHAPITRE 2

LES VALEURS MOBILIÈRES

267 Évolution ◇ Selon l'article L. 228-1, alinéa 2, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers, « **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** ». Et, aux termes de l'article L. 211-1 C. mon., les **titres financiers** sont les titres de capital émis par les sociétés par actions, les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse, les parts ou actions d'organismes de placement collectif.

Ils constituent avec les **contrats financiers** ¹ la catégorie des **instruments financiers** (*infra*, n° 274-2).

Il faut ajouter que tous les droits détachés d'une valeur mobilière, négociables ou susceptibles de l'être (droits de souscription ou d'attribution) sont assimilés à une valeur mobilière. Tous ces titres sont négociables suivant les modes simplifiés du droit commercial ².

Les sociétés par actions (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés par actions simplifiées) peuvent émettre toutes valeurs mobilières dans les conditions fixées par le livre II du Code de commerce (art. L. 228-1, al. 1^{er}).

La plus importante des valeurs mobilières est l'**action** (ou titre de capital) puisqu'une société anonyme ne peut pas se constituer sans actions, titres qui représentent les droits des associés. D'ailleurs, la plupart des sociétés anonymes n'émettent pas d'autres valeurs mobilières que les actions.

Cependant, la pratique a créé à la fin du XIX^e siècle, les parts de fondateur et les obligations. Les porteurs de **parts de fondateur** (ou parts bénéficiaires), à la différence des actionnaires, n'ont pas fait d'apports à la société, mais, pour les services qu'ils ont rendus lors de sa constitution, ils se voient reconnaître un droit sur les bénéfices (*infra*, n° 356) ³. Les titulaires d'**obligations** quant à eux ont consenti un prêt à la société. En contrepartie, ils touchent un intérêt et seront remboursés du capital qu'ils ont prêté, suivant les modalités fixées par l'emprunt obligataire (*infra*, n° 327). Les parts de fondateur ont été réglementées par la loi du 23 janvier 1929 et les obligations par un décret-loi du 30 octobre 1935.

1. Egalement dénommés instruments financiers à terme.

2. Cf. H. Causse, *Les titres négociables, contributions à une théorie du contrat négociable*, Litec 1993, préf. B. Teyssié ; F. Nizard, *Les titres négociables*, Revue Banque-Economica, 2003.

3. L'émission de nouvelles parts de fondateur a été interdite à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 24 juill. 1966. L'interdiction est édictée à peine de nullité (art. L. 228-4 ; V. *infra*, n° 360).

La loi du 24 juillet 1966, dans sa rédaction initiale, énonçait que les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions ne pouvaient être que de deux sortes, les actions représentant un titre d'associé, et les obligations, un titre de prêteur (ancien art. 263 de la loi). La distinction était claire, mais elle a été rapidement perturbée par la création de nouvelles valeurs mobilières. La loi du 3 janvier 1983 (loi Delors) a en effet permis la création des *certificats d'investissement* correspondant à un démembrement de l'action, représentant les droits pécuniaires et séparés du droit de vote et des *titres participatifs* qui se rapprochent des obligations (*infra*, n^{os} 356 s.). Le texte dispose désormais que « les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs » (art. L. 228-1, al. 3) ¹.

Dans le même temps, à côté de ces valeurs mobilières simples, étaient créées des **valeurs mobilières composées** permettant à leurs titulaires de passer de la qualité d'obligataire à celle d'actionnaire, qu'il s'agisse d'*obligations convertibles en actions* (*infra*, n^{os} 348 s.), d'*obligations échangeables contre des actions* (*infra*, n^o 327) ou d'*obligations avec bons de souscription d'actions* (*infra*, n^{os} 348 s.) réglementées par des textes particuliers. La pratique ne cessant toujours pas de créer de nouveaux produits ², le législateur a tracé un cadre général pour toutes les « valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres représentant une quotité du capital » (L. 14 décembre 1985) ³. Le rapport Marini avait suggéré de simplifier et d'unifier le régime des valeurs mobilières (p. 53). C'est ce qu'a tenté de réaliser l'**ordonnance du 24 juin 2004** ⁴ réformant le régime des valeurs mobilières. L'**ordonnance du 8 janvier 2009** a essentiellement refondu les dispositions du Code monétaire et financier relatives aux **instruments financiers** ⁵.

268 **Rôle économique et financier** ⁶ ◇ Le développement des valeurs mobilières a incontestablement bouleversé la composition des patrimoines indi-

1. Sur cet abandon du critère reposant sur la nature du droit pour un critère formel, cf. D. Schmidt, *Le régime actuel des valeurs mobilières*, *Rev. dr. bancaire* 1987, n^o 2, p. 42.

2. H. Hovasse, *La diversification des valeurs mobilières émises par les sociétés*, *Dr. sociétés* 2000, n^o 181.

3. Cf. Th. Bonneau, *La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés*, *RTD com.* 1988, p. 535 ; A. Couret, *Innovation financière et règle de droit*, *D.* 1990, *Chron.* 135 ; A. Viandier, *L'Europe et le droit des valeurs mobilières*, *Bull. Joly* 1991, p. 575 ; B. Oppetit, *La notion de valeurs mobilières*, *Banque et Droit*, n^o hors-série, *L'Europe et le droit*, 1991, p. 4 ; P. Le Cannu, *L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières*, *Bull. Joly* 1993, p. 395 ; Ph. Bissara et J.-P. Bouère, *Les propositions du CNPF de modernisation du régime des émissions de titres de capital*, *Bull. Joly* 1994, p. 9.

4. A. Couret et H. Le Nabasque, *Valeurs mobilières, augmentation de capital*, éd. Francis Lefebvre 2004 ; ANSA 2005, *La réforme du régime des valeurs mobilières : difficultés et solutions* ; P. Le Cannu in *RTD Com.* 2004, p. 530.

5. V. les commentaires de Th. Bonneau, *JCP E.* 2009, 1105 ; J. J. Daigre et P. Pailler, *Rev. sociétés* 2009, p. 37 ; M. Dubertret et D. Mangenet, *D.* 2009, p. 448.

6. Cf. *Perspectives du financement de l'économie française* ; rapport Lagayette, *La Documentation française* 1987, 3 vol. Note d'information de la Banque de France (n^o 71, juill. 1987), *L'évolution récente du marché financier en France*.

viduels au détriment des biens immobiliers ¹. Grâce aux actions et aux obligations les sociétés anonymes ont pu drainer très rapidement des sommes considérables, en recourant fréquemment, pour les plus dynamiques d'entre elles, aux augmentations de capital et aux emprunts obligataires.

Ce n'est cependant qu'à une date relativement récente que les pouvoirs publics se sont décidés à intervenir pour orienter de façon plus systématique l'épargne vers le financement des entreprises, en l'incitant à des placements à long terme. Ils l'ont fait par des mesures fiscales (loi Monory du 13 juillet 1978, incorporée dans le Code monétaire et financier ; loi du 16 juillet 1992 sur le plan d'épargne en actions) et par la création des SICAV (L. 3 janvier 1979) et des fonds communs de placement (L. 13 juillet 1979) qui ont connu très vite un immense succès ².

Au 31 décembre 2008, les 8 243 SICAV et FCP géraient un actif net de 1 143,3 milliards d'euros ³.

La loi du 23 décembre 1988 a refondu les textes relatifs aux SICAV et aux FCP, créant un véritable code des OPCVM (organismes de placement collectif en valeurs mobilières) et a mis le droit français en harmonie avec la directive européenne du 20 décembre 1985 ⁴. Les organismes de placements collectifs sont, selon l'article L. 214-1 nouv. C. mon., les organismes de placement collectif en valeurs mobilières, les organismes de titrisation, les SCPI, les sociétés d'épargne forestière, les organismes de placement collectif immobilier ainsi que les sociétés d'investissement à capital fixe.

L'épargnant grâce à ces organismes de placement collectif peut s'en remettre à des professionnels de la gestion financière, experts dans la diver-

1. Un portefeuille de valeurs mobilières constitue une universalité que l'usufruitier peut gérer sans l'accord du nu-propiétaire, à charge pour lui d'en conserver la substance, Com. 27 nov. 2007, *BRDA* n° 01-2008, p. 3 ; Civ. 1^{re}, 12 nov. 1998 (aff. *Baylet*) *JCP E* 1999, p. 426, S. Rouxel ; *Dr. sociétés* 1999, n° 17, H. Hovasse ; *RTD civ.* 1999, p. 422, F. Zénati ; *D.* 1999, p. 167, L. Aynès et 633, D. Fiorina ; F. G. Trébulle, *Propos dissidents sur l'arrêt Baylet, Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF* III, 2001, p. 369 ; v. égal. M. Storck, *Le portefeuille de valeurs mobilières et le régime de la communauté réduite aux acquêts*, op. cit. p. 329. Sur les incidences fiscales de cet arrêt, *infra* n° 278.

2. Les FCP n'ont pas la personnalité juridique (art. L. 214-20 C. mon.). Ils sont représentés à l'égard des tiers par la société chargée de leur gestion. Cette société peut agir en justice pour défendre ou faire valoir les droits ou intérêts des porteurs de parts (art. L. 214-25 al. 3 C. mon.). Sur la réforme des fonds communs de placement à risques (art. L. 214-36 C. mon.), cf. H. Hovasse, *Dr. sociétés* 1997, n° 51. Sur les fonds d'investissement de proximité (FIP), fonds commun de placement à risques créés par la loi sur l'initiative économique pour favoriser l'investissement local (art. L. 214-41-1 et s. nouv. C. mon.).

3. Rapport AMF 2007, p. 19.

4. V. l'étude de R. Roblot, *Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières*, ANSA, 1990 ; Instruction de la COB ; *Bull.* oct. 1989, n° 229 ; *Bull. Joly* 1989, p. 875, n° 307 ; compte-rendu du colloque de l'Institut de Droit des Affaires de Paris, *OPCVM, nouvelles règles du jeu, Banque* 1991, p. 1120. Sur cet actionnariat indirect par le biais des OPCVM, cf. Y. Guyon, *Rev. sociétés* 1999, p. 551. La loi de 1998 avait créé une structure juridique nouvelle, le *fonds commun de créances*, copropriété sans personnalité morale, qui a pour objet d'acquies des créances détenues par les établissements de crédit et d'émettre en contrepartie des parts représentatives de ces créances à l'intention des investisseurs. Cf. M. Jeantin, P. Le Cannu, Th. Granier, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, titrisation*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2005.

sification des risques et les décisions rapides d'arbitrage ¹. Il évite ainsi d'avoir à choisir entre des produits toujours plus nombreux et plus sophistiqués (*supra*, n° 267) dont il est très difficile pour un non spécialiste d'apprécier les avantages et les inconvénients ².

Les résultats de ces diverses incitations ont été spectaculaires.

Ce formidable engouement a conduit le législateur à multiplier ses interventions pour protéger l'épargne. Il l'a fait par des textes souvent complexes et il a renforcé progressivement les pouvoirs des autorités boursières, tout spécialement ceux de la COB, qui a été dotée d'un pouvoir réglementaire et du droit d'agir en justice pour protéger les droits des épargnants (L. 14 décembre 1985).

La loi du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales permet aux **associations** ayant pour objet statutaire explicite la **défense des investisseurs** en valeurs mobilières ou en produits financiers, dès lors qu'elles ont été agréées ³, d'agir en justice, même par voie de constitution de partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des investisseurs ou de certaines catégories d'entre eux. Elles peuvent désormais aussi exercer une action en réparation de dommages individuels (*cf.* art. L. 452-2 C. mon. sur les conditions de l'action et *infra*, n° 293-1). La loi leur permet également de demander en justice qu'il soit mis fin à une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires de nature à porter atteinte aux droits des épargnants (*cf.* art. L. 452-1 al. 2 C. mon., D. 21 sept. 2005 sur les conditions de l'agrément).

Les émissions de valeurs mobilières

Montants en milliards d'euros

Émissions	2004	2005	2006	2007	2008
Titres de capital (sociétés cotées)	10,6	14,2	27,2	30	27,4
Titres de créance	103,1	118,1	119,7	114,2	143,6
émetteurs privés	26,5	33,4	57,8	57,2	60,9
État	76,6	84,7	61,8	57	82,7

(Source : rapports AMF).

1. L'*arbitrage de portefeuille* consiste à acheter des valeurs pour en vendre d'autres (ou inversement) généralement afin d'en tirer profit (B. Sousi-Roubi).

2. F.J. Crédot et P. Bouteiller, *La responsabilité des banques en matière de conservation, de gestion et de placement de valeurs mobilières*, Banque 1988, 615.

3. Les conditions d'agrément ont été modifiées par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 (*cf.* art. L. 452-1 al. 2 s. C. mon.). Deux associations de ce type sont actuellement agréées, la FNACI et l'ANAF. Les associations d'investisseurs regroupent les porteurs de valeurs diverses, alors que les *associations d'actionnaires* ne regroupent que les porteurs de titres d'une même société (*infra*, n° 293-1). Paris, 7 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 62, n° 12, P. Le Cannu (irrecevabilité de l'association non encore agréée).

Parallèlement, les opérations sur titres-papiers étant devenues très lourdes et donc onéreuses pour les banques et les établissements financiers, l'idée d'une dématérialisation des valeurs mobilières, permettant une gestion informatisée, faisait peu à peu son chemin. Sous l'impulsion décisive de l'administration fiscale, son principe fut adopté par la loi de finances du 30 décembre 1981 (*infra*, n° 270).

Ce développement des valeurs mobilières a pour l'heure surtout profité aux grandes entreprises qui ont pu ainsi renforcer leurs **fonds propres** ¹. Des efforts importants sont régulièrement faits en direction des PME ², d'abord avec la création du second marché ³, puis avec celle du nouveau marché (*infra*, n° 274-1), mais ils sont demeurés insuffisants. Une nouvelle tentative est entreprise depuis 2005 avec *Alternext* (*infra*, n° 274-1).

Selon une étude de la Banque de France, la capitalisation boursière des sociétés du CAC 40 était détenue à 38,5 % par les non-résidents à fin 2007. Plus de la moitié des sociétés du CAC 40 sont détenues majoritairement par des investisseurs étrangers ⁴.

Il convient de présenter les règles communes à toutes les valeurs mobilières, avant d'envisager les règles particulières à chaque catégorie de titres,

1. B. Cordier, *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, LGDJ 1989, préf. Y. Guyon. Cf. J. Stoufflet, pour qui les *capitaux propres*, notion comptable, représentent les moyens de financement permanents de l'entreprise, ceux qu'elle n'a pas à rembourser avant sa dissolution et, dans une conception plus extensive, ceux qui demeureront à sa disposition pendant une longue période. La notion de fonds propres, très utilisée par les analystes financiers, englobe tous les capitaux que l'entreprise n'a pas à rembourser avant d'avoir désintéressé ses créanciers parce qu'ils lui appartiennent ou qu'ils ont été mis sous cette condition à sa disposition (in *Les capitaux propres*, *Rev. sociétés* 1986, 541, spéc. p. 542 et 551). Rapp. A. Couret, *Les nouveaux titres représentatifs de fonds propres*, *Bull. Joly* 1986, p. 559. Il est périodiquement reproché aux entreprises françaises d'avoir des fonds propres insuffisants et de trop faire appel à des ressources extérieures plus onéreuses. Cf. *Le financement des entreprises en capitaux de longue durée*, JO avis du Conseil économique et social 1978, p. 929 et *L'investissement des entreprises*, id. 1981, p. 195. Le droit fiscal s'inquiète également de cette insuffisance : A. de Waal, *Sous-capitalisation, abus de droit et acte anormal de gestion*, *Dr. fisc.* 1997, n° 7, p. 252 ; P. Legros, *Soutien financier d'une filiale à l'étranger : augmentation de capital ou abandon de créance*, *BF Lefebvre* 8-9/98, p. 479, spéc. n°s 3 à 5 ; M. Cozian, *Sous-capitalisation et fiscalité*, *Rev. Jurispr. Com.* oct. 2001, p. 244 ; E. Gerbino, *Sous-capitalisation, dissimulation de capital et recherche de l'intérêt général : nationalisation ou internationalisation ?*, *Bull. Joly* 2001, p. 1191, n° 264 ; L. Bensoussan, *La sous-capitalisation à l'épreuve de la liberté d'établissement*, *Nouvelles fiscales* 1^{er} mars 2003, n° 887, p. 4 ; *Perte de la moitié du capital social : incidences fiscales des diverses techniques de renflouement*, *BF Lefebvre* 3/03, dossier PME, p. 177 ; R. Coin, *Les règles de sous-capitalisation : chronique d'une mort annoncée*, *Les Échos* 29 janv. 2003, p. 47. Les quasi-fonds propres ne sont généralement exigibles qu'après remboursement de l'ensemble des créanciers. Pour la plupart, ils sont des créances de dernier rang, soit par définition de la loi (prêts participatifs, titres participatifs), soit par volonté contractuelle (comptes courants d'associés bloqués). Cf. Lamy, *Droit du financement*, n° 523.

2. V. par ex. la possibilité donnée aux SARL les plus importantes de lancer des emprunts obligataires à condition de ne pas faire d'offre au public (*supra*, n° 227-1).

3. Le second marché, créé en 1983, permettait notamment aux sociétés qui n'avaient pas la taille suffisante pour accéder au marché officiel d'accéder néanmoins à la bourse, en répondant à des conditions moins strictes.

4. *Les Échos*, 1^{er} juillet 2008.

qui ont fait l'objet de modifications substantielles, avec l'**ordonnance du 24 juin 2004**, la place la plus importante étant réservée à l'action.

Le Code monétaire et financier contient désormais de nombreuses dispositions relatives aux valeurs mobilières ¹.

SECTION 1. RÈGLES COMMUNES AUX VALEURS MOBILIÈRES

269 Nature juridique ² ◇ Les valeurs mobilières sont des titres négociables se transmettant par simple virement de compte à compte depuis la dématérialisation des valeurs mobilières (*infra*, n° 271). C'est un avantage très important par rapport aux formalités lourdes de la cession de créance (art. 1690 C. civ.).

Les titres sont fongibles ³ lorsqu'ils appartiennent à une même catégorie et proviennent d'une même émission. Ils confèrent à leurs titulaires les mêmes droits et ont une valeur identique.

Ce sont des droits mobiliers (art. 529 C. civ.), ce qui signifie que les actionnaires, par exemple, n'ont qu'un droit personnel contre la société, personne morale, seule propriétaire des biens sociaux (*supra*, n° 92). Avec la dématérialisation, les valeurs mobilières sont devenues des droits mobiliers incorporels.

270 Forme ◇ Jusqu'à la dématérialisation, la distinction était très nette entre les titres au porteur et les titres nominatifs. Les **titres au porteur** étaient représentés par un document matériel, l'action ou l'obligation (« titres vifs »), dans lequel s'incorporaient les droits de l'actionnaire ou de l'obligataire. Le porteur du titre en étant réputé propriétaire, le transfert de propriété s'effectuait par simple tradition manuelle. Au contraire, avec les **titres nominatifs**, les droits des titulaires résultaient de leur inscription sur les registres de la société. Ainsi les sociétés connaissaient-elles parfaitement leurs actionnaires. Quant à la cession des droits, elle ne pouvait s'effectuer que par un transfert sur les registres sociaux.

En pratique cependant l'opposition était beaucoup moins nette puisque près de 90 % des actionnaires et plus de la moitié des obligataires en 1980 acceptaient que leurs titres au porteur ne soient pas matérialisés, mais

1. Sur le caractère hétérogène et lacunaire de cette codification du droit des valeurs mobilières, avant l'ordonnance du 24 juin 2004, cf. Ph. Reigné et Th. Delorme, *JCP E* 2001, p. 214.

2. A. Archambault, *La nature juridique des valeurs mobilières*, Thèse dactyl. Paris I, 1998 ; F.X. Lucas, *Retour sur la notion de valeur mobilière*, *Bull. Joly* 2000, p. 765, n° 185 ; D.R. Martin, *Valeurs mobilières : défense d'une théorie*, *D.* 2001, Chron. p. 1228 ; Ph. Goutay, *Titres au porteur et incorporation : réfutation d'une théorie*, *Bull. Joly* 2001, p. 475, n° 117. Cf. égal. F.G. Trébulle, *L'émission de valeurs mobilières*, *Economica* 2002.

3. V. cependant, *Crim.* 30 mai 1996, *RTD civ.* 1998, p. 137, F. Zénati ; *Dr. sociétés* 1996, n° 156, H. Hovasse ; *Rev. dr. bancaire* 1996, p. 175, M. Germain et M.A. Frison-Roche.

inscrits en compte à la SICOVAM (devenue *Euroclear France*), organisme chargé de faciliter la circulation des valeurs mobilières ¹ (*infra*, n° 271). La diversité née de la coexistence de « titres vifs » conservés par leurs propriétaires à leur domicile ou en banque, assurant eux-mêmes leur gestion ², avec la grande masse des titres déposés en SICOVAM, créait des complications inutiles et alourdissait considérablement les frais de fonctionnement des services des titres des établissements bancaires et financiers. À un souci de simplification et de rentabilité s'ajouta celui de parfaitement connaître la fortune mobilière des Français pour la mise en œuvre de l'impôt sur les grandes fortunes (IGF) à compter du 1^{er} janvier 1982 ³. Le principe de la dématérialisation fut posé par l'article art. 94.II de la loi du 30 décembre 1981 (*cf.* art. L. 211-3 s. C. mon.).

271 Dématérialisation des valeurs mobilières ⁴ ◇ Le principe de dématérialisation posé par la loi de finances du 30 décembre 1981 a été mis en application par un décret du 2 mai 1983 et la « bascule » des titres dans le nouveau régime est intervenue le 3 novembre 1984.

Depuis cette date, toutes les valeurs mobilières (y compris les droits de souscription ou d'attribution) émises sur le territoire français et soumises à la législation française, quelle que soit leur forme, nominative ou au porteur, qu'elles soient cotées ou non, ne peuvent plus être représentées matériellement par des formules imprimées.

Les titres des valeurs mobilières ne sont plus matérialisés que par une inscription en compte prise ⁵ chez l'émetteur (titres nominatifs) ou chez un intermédiaire affilié à *Euroclear France* (titres au porteur). La transmission des titres inscrits en compte s'opère par un simple virement de compte à compte : l'informatique est reine et la gestion des comptes est beaucoup

1. Rapport de la Commission Pérouse, *La modernisation des méthodes de cotation, d'échange et de conservation du marché des valeurs mobilières*, La Documentation française, 3 vol., 1981.

2. Avec de nombreux inconvénients : risques de perte, vol, détérioration des titres, omission d'encaisser à temps les coupons ou de présenter les titres au remboursement.

3. En réalité, les porteurs de valeurs mobilières étaient déjà identifiés par l'administration fiscale au moment où ils encaissaient les dividendes de leurs actions ou les intérêts de leurs obligations. L'impôt sur les grandes fortunes a été supprimé en 1986. L'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) lui a succédé le 1^{er} janv. 1989 (art. 26 L. de finances pour 1989) ; sur l'ISF, *infra* n° 420.

4. Sur cette réforme très technique, *cf.* R. Roblot, *La dématérialisation des valeurs mobilières*, brochure ANSA 1984, n° 185 ; J. Foyer, *La dématérialisation des valeurs mobilières en France*, in *Mélanges G. Flattet*, Lausanne, 1985, p. 21 ; Y. Guyon, *Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières*, *Rev. sociétés* 1984, 451 ; H. Causse, *Principe, nature et logique de la dématérialisation*, *JCP E* 1992, I, 194 ; H. Poulet-Goffard, *La dématérialisation et les principales opérations réalisables sur les valeurs mobilières*, *Dr. sociétés* mars 1994, p. 3 ; C. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : La notion de propriété scripturale*, *LGDJ* 1997, préf. J. Stoufflet ; H. Le Nabasque et A. Reygobellet, *L'inscription en compte des valeurs mobilières*, *Rev. dr. banc.* 2000, p. 261. *Adde* Circulaire 8 août 1983, *JCP* 1983, III, 54651. V. bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1987, 644.

5. *Cf.* bibliographie thématique sur l'inscription en compte, *Rev. sociétés* 2000, p. 403.

moins coûteuse que la gestion des titres-papiers. La SICOVAM, devenue *Euroclear France* en 2001, joue un rôle essentiel dans la réussite du système.

La société interprofessionnelle de compensation des valeurs mobilières (SICOVAM) avait été créée par un décret du 4 août 1949 afin de faciliter la circulation des valeurs mobilières¹.

Désormais, *Euroclear France*, assure la compensation des titres entre teneurs de comptes pour les valeurs admises à ses opérations. À cette fin, il ouvre des comptes courants aux intermédiaires financiers habilités (prestataires de services d'investissement, banques, établissements financiers) ainsi qu'aux sociétés émettrices, qui deviennent ses affiliées. La tenue des comptes des titres admis chez *Euroclear France* est soumise à des règles très strictes afin d'assurer une bonne identification et une régularité constante.

272 *Conséquences de la dématérialisation* ² ◇ Le titre-papier ayant disparu, les valeurs mobilières n'ayant plus de support matériel, la notion de titre au porteur aurait dû disparaître : qui peut en effet porter un titre qui n'existe plus ? ³.

Le législateur, n'allant pas jusqu'au bout de sa réforme, a laissé subsister l'article L. 228-1 qui dispose toujours que « *les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs* » (al. 3). Cependant, la loi NRE a ajouté que « *ces valeurs mobilières, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en compte au nom de leur propriétaire* » (actuel al. 6).

Le texte précise toutefois (al. 7) que lorsque des titres de capital de la société ont été admis aux négociations sur un marché réglementé et que leur propriétaire n'a pas son domicile sur le territoire français au sens de l'article 102 du Code civil, tout intermédiaire peut être inscrit pour le compte de ce propriétaire. L'intermédiaire inscrit est alors tenu, au moment de l'ouverture de son compte, de déclarer sa qualité d'intermédiaire détenant des titres pour le compte d'autrui. Cette mesure permettant l'identification des **actionnaires non résidents**, qui s'abritent derrière un *trust* ou un *nominee*, participe de la volonté de transparence qui a inspiré la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques⁴.

1. Elle a pris la suite de la CCDVT (Caisse centrale des dépôts et virements de titres) qui avait été créée en 1941.

2. J.-P. Bouère et H. de Vauplane, *Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de compte et son client*, Bull. Joly 1997, p. 617, n° 242. Sur le plan pénal (éléments constitutifs de l'abus de confiance et de l'abus de biens sociaux), Crim. 30 mai 1996, RJDA 1996, p. 728, concl. J.-P. Dintilhac ; Rev. sociétés 1996, p. 806, B. Boulloc.

3. Sur la non-application de l'article 2279 du Code civil, Paris 13 juill. 1990, D. 1990, IR, 230 ; cf. cependant sur les conséquences d'un vol de *bons au porteur*, ayant conservé le statut de meubles corporels, Montpellier 18 juin 1987, RTD com. 1988, p. 477, n° 8, M. Cabrillac et B. Teyssié, et sur le régime de la preuve des titres au porteur avant la dématérialisation, Com. 18 oct. 1994, Bull. Joly 1994, p. 1296, n° 362, J. Cl. Hallouin (art. 2279 C. civ.).

4. Sur l'origine de la réforme, cf. J.-P. Valuet, *L'identification des actionnaires des sociétés cotées. Le rapport du groupe de travail réuni à l'ANSA*, Rev. sociétés 1996, p. 707 et sur la loi, id. in Rev. sociétés 2001, p. 571 ; cf. égal. Y. Guyon, *Les actionnaires étrangers in Mélanges P. Van Ommeslaghe*,

S'agissant de l'identification des détenteurs de titres au porteur, le texte actuel (art. L. 228-2) reprend le mécanisme des **titres au porteur identifiable** (TPI) ¹. Les statuts peuvent prévoir que la société est en droit de demander à tout moment, contre rémunération à sa charge, à *Euroclear-France*, le nom, la nationalité et l'adresse des détenteurs de titres conférant immédiatement ou à terme le droit de vote dans ses propres assemblées d'actionnaires, ainsi que la quantité de titres détenue par chacun d'eux et, le cas échéant, les restrictions dont les titres peuvent être frappés. Si la société estime que certaines personnes pourraient être inscrites pour compte de tiers, elle peut réclamer les informations concernant les propriétaires des titres prévus au I de l'article 228-2.

Pour les titres de forme nominative donnant immédiatement ou à terme accès au capital, l'intermédiaire est tenu de révéler l'identité des propriétaires de ces titres ainsi que la quantité de titres détenus par chacun d'eux sur simple demande de la société émettrice ou de son mandataire (art. L. 228-3).

La dématérialisation des valeurs mobilières s'inscrit dans le vaste mouvement que connaissent bien les commercialistes : la multiplication des titres, avec la lourdeur des manipulations qu'elle implique, a provoqué leur remplacement par une inscription en compte (billets de banque, chèques puis monnaie électronique ; lettres de change et lettres de change relevés). Les droits ne s'expriment plus que par des valeurs ².

Sur le plan pratique, la mise en place de la dématérialisation a provoqué quelques problèmes inévitables ³. À la suite du grand succès des privatisations, les banques ont incité leurs clients à déposer leurs actions dans des fonds communs de placement, cette collectivisation permettant de réduire de façon importante les frais de gestion de multiples comptes de faible montant.

273 Opérations sur valeurs mobilières ◇ Toutes les valeurs, nominatives ou au porteur, de sociétés cotées en bourse ou non, se transmettent par simple virement de compte à compte (art. L. 228-1, al. 9 ; pour les *cessions d'actions*, v. *infra*, n^{os} 285, 286).

Le **nantissement** (mise en gage) des valeurs mobilières est soumis au régime applicable à tous les instruments financiers. Le nantissement porte sur un compte spécial qui peut contenir des actions d'une société déterminée

Bruylant, 2000, p. 497. *Adde* sur le décret du 3 mai 2002, J. P. Valuet, *Rev. sociétés* 2002, p. 446 ; M. Storck, *RTD com.* 2002, p. 502. V. *L'amélioration des conditions de vote des actionnaires non résidents des sociétés cotées françaises*, ANSA, 2e éd., janv. 2003 ; C. Arsouze et P. Ledoux, *Le vote des actionnaires non résidents*, *Bull. Joly* 2004, p. 1066, n^o 210.

1. Cf. loi sur l'épargne du 17 juin 1987. Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, les dispositions de l'article L. 228-2 sont également applicables aux titres au porteur émis par des sociétés non cotées.

2. G. Ripert et R. Roblot, T. II, n^o 1730 ; Y. Guyon, art. précité n^o 1. R.M. JO déb. AN 1^{er} avr. 1985, p. 1416 ; JCP N 1985, prat. 9399, p. 244.

3. Cf. E. Dailly, JO déb. Sénat 14 mai 1987, p. 1009, 1010 ; Avis n^o 215, p. 15, (annexe au PV de la séance du 6 mai 1987). Les intermédiaires qui avaient réclamé cette réforme et s'étaient engagés à se donner les moyens de l'appliquer ont eu quelque peine à suivre...

ou un ensemble d'instruments financiers essentiellement mouvant. Les règles applicables sont identiques, quelle que soit la nature civile ou commerciale du gage (art. L. 211-20 C. mon. ; v. égal. *infra*, n^{os} 285, 286) ¹.

Les **dividendes** d'actions et de certificats d'investissement et les **intérêts** des obligations et titres participatifs sont payés directement par la société émettrice aux titulaires des comptes tenus par elle pour les titres nominatifs purs. Pour les titres nominatifs administrés (v. *infra*, n^o 285) ou les titres au porteur, la société émettrice (ou l'établissement domiciliataire) règle pour compte de tiers les intermédiaires habilités enregistrés chez elle, à charge pour eux de répartir la somme globale qu'ils ont reçue entre les titulaires des comptes qu'ils administrent. Le paiement de ces divers produits donne lieu à une déclaration fiscale auprès de l'Administration.

273-1 Saisies des valeurs mobilières ◇ Le droit des saisies a été profondément modifié par la loi du 9 juillet 1991 et le décret du 31 juillet 1992. Quelques dispositions de ces textes sont consacrées à la saisie des valeurs mobilières et des droits d'associé ².

Lorsque le créancier d'un associé est muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible, il peut saisir les parts sociales, les actions et autres valeurs mobilières que détient son débiteur et les faire vendre (**saisie-vente**, art. L. 59) ³. En principe, la saisie est effectuée auprès de la société émettrice, mais lorsqu'elle porte sur des valeurs mobilières, des dérogations ont été apportées (art. D. 178 s.).

Les valeurs mobilières nominatives dont les comptes sont tenus par un mandataire de la société sont saisies auprès de ce mandataire ; les valeurs au porteur sont saisies auprès de l'intermédiaire habilité chez qui l'inscription a été prise. Si le titulaire de valeurs nominatives a chargé un intermédiaire habilité de gérer son compte, la saisie doit être opérée auprès de ce dernier.

La saisie est réalisée par la signification d'un acte d'huissier à la société émettrice ou à l'établissement teneur de compte (art. D. 182) ⁴. Elle doit

1. Sur le détail, cf. *Mémento Lefebvre*, n^{os} 17166 s.

2. Ph. Théry, *La saisie des valeurs mobilières et des droits d'associé*, JCP E 1993, I, 239 ; P. Le Cannu, *Procédures civiles d'exécution, droit des sociétés et droit boursier in La réforme des procédures civiles d'exécution*, RTD civ. 1993, n^o spécial, p. 87 ; H. Croze, *Le décret du 31 juill. 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution*, JCP E 1993, I, 202 ; F.J. Crédot et Y. Gérard, *Aspects bancaires de la réforme des procédures civiles d'exécution*, Rev. dr. bancaire 35-1993, p. 2 ; P. Le Cannu, *Saisie des valeurs mobilières : vers des techniques autonomes ?* Bull. Joly 1991, p. 779, n^o 283 ; *La saisie des valeurs mobilières*, Petites Affiches 22 déc. 1999, p. 23.

3. Sur les différentes modalités de la saisie-vente, cf. P. Le Cannu, Bull. Joly 1992, p. 1169 et 1275.

4. Les tiers, notamment la société émettrice, sont tenus d'apporter leur concours, lorsqu'ils en sont légalement requis, pour faciliter le déroulement de la procédure et ne doivent en aucune façon y faire obstacle (art. 24, L. 9 juill. 1991) Le contentieux concerne essentiellement les obligations du tiers saisi, Civ. 2e, 3 mai 2001, Bull. Joly 2001, p. 1168, n^o 258, J.-J. Daigre ; Civ. 2e, 17 mai 2001, Dr. sociétés 2002, n^o 12, F.X. Lucas ; Civ. 2e, 4 oct. 2001, Bull. Joly 2002, p. 134, n^o 25, F.X. Lucas.

également être portée à la connaissance du débiteur par acte d'huissier (art. D. 183). La saisie entraîne l'indisponibilité des droits pécuniaires du débiteur saisi (art. D. 184) ¹, mais celui-ci continue à exercer les droits non pécuniaires attachés à ses titres. Les contestations éventuelles du débiteur sont portées devant le juge de l'exécution, le président du tribunal de grande instance.

Le débiteur dispose d'un délai d'un mois pour procéder lui-même à la *vente amiable* des titres ou parts sociales (art. D. 189 et D. 107). Le créancier saisissant peut également faire procéder à la *vente forcée* des droits sociaux, suivant des modalités variables selon qu'il s'agit de valeurs mobilières admises à la cote (vente en bourse) ou de parts sociales et de valeurs mobilières non cotées (vente par adjudication) ². Dans tous les cas, il convient de respecter les dispositions éventuelles sur l'agrément du cessionnaire ou le jeu d'un accord de préemption. Le prix de vente est ensuite réparti entre tous les créanciers saisissants ou opposants qui se sont manifestés avant la vente (art. L. 60).

Si le créancier ne dispose pas d'un titre exécutoire, mais est titulaire d'une créance qui paraît fondée en son principe, il peut mettre en œuvre des mesures conservatoires ³.

Ainsi, le créancier peut-il demander au juge de l'exécution l'autorisation de pratiquer une **saisie-conservatoire** des valeurs mobilières ou des parts sociales appartenant à son débiteur (art. L. 67 s., D. 210 s.). La saisie doit être exécutée dans les trois mois de l'ordonnance (art. D. 214). Elle entraîne l'indisponibilité des droits pécuniaires attachés aux parts ou valeurs mobilières concernées. Le créancier ne pourra faire procéder à la vente que lorsqu'il aura obtenu un titre exécutoire (art. L. 76).

Le créancier peut aussi demander au juge que les parts ou valeurs mobilières soient nanties à son profit (art. L. 67 et 77). Ce **nantissement judiciaire** ⁴ ouvre au créancier un droit de préférence et un droit de suite en cas de cession des titres nantis. À la différence de la saisie conservatoire, cette sûreté n'entraîne pas l'indisponibilité des parts ou valeurs mobilières saisies.

274 Placement des valeurs mobilières ◇ Dès lors qu'une société désire placer ses titres dans le public, qu'il s'agisse d'une augmentation de capital en numéraire ou du lancement d'un emprunt obligataire, elle ne manque pas en pratique de s'assurer du concours d'une ou plusieurs banques, gage du succès de l'opération (sur la constitution des syndicats financiers, *cf. infra*,

1. Civ. 2^e, 21 juin 2007, BRDA n° 15-16-2007, p. 2 (solution rendue à propos de parts sociales mais transposable aux valeurs mobilières).

2. P. Le Cannu, *Adjudication et vente forcée des valeurs mobilières*, Bull. Joly 1993, p. 1218, n° 361 ; R. Martin, *Lieu de l'adjudication forcée des droits d'associés*, D. 1994 chron. 322.

3. P. Le Cannu, *Les mesures conservatoires portant sur des droits d'associé ou des valeurs mobilières*, Bull. Joly 1993, p. 16, n° 2 ; Versailles 6 août 1999, Bull. Joly 2000, p. 452, n° 93, F.X. Lucas (distinction avec le séquestre).

4. D. Baraderie, *Le nantissement judiciaire des droits d'associé et des valeurs mobilières*, Gaz. Pal. doct. 13 juill. 1993.

n° 601). L'offre au public (*supra*, n° 256) entraîne l'intervention de l'AMF, qui exerce un contrôle vigilant, tout spécialement sur les publicités lancées pour solliciter les épargnants ¹.

Dans un souci de moralisation de ces opérations financières, le législateur a réglementé le démarchage sous peine de sanctions pénales ².

La réglementation du **démarchage** en matière bancaire et financière a été profondément remaniée par la loi de sécurité financière ³. Constitue désormais un acte de démarchage bancaire ou financier toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit (*Internet...*), avec une personne physique ou une personne morale déterminée, en vue d'obtenir de sa part, un accord portant notamment sur la réalisation d'une opération sur un des instruments financiers de l'article L. 211-1 (*cf.* art. L. 341-1 s. C. mon.).

L'infraction de **colportage** qui était le fait de se rendre « au domicile ou à la résidence des personnes ou sur leurs lieux de travail ou dans des lieux publics pour offrir ou acquérir des valeurs mobilières avec livraison immédiate des titres et paiement immédiat total ou partiel sous quelque forme que ce soit » a été intégrée dans la réglementation du démarchage (art. L. 341-1, al. 7 C. mon.).

274-1 Évolution de l'organisation du marché boursier ⁴ ◇ Pendant longtemps les agents de change ont disposé d'un monopole pour la négociation des valeurs mobilières sur le marché boursier. Les anciennes charges d'agents de change ont été remplacées ⁵ par des sociétés de bourse ⁶ par la loi du 22 janvier 1988 sur les bourses de valeurs ⁷. Cette loi a institué de nouvelles autorités de marchés, le Conseil des bourses de valeurs, la Société des Bourses françaises et l'Association française des sociétés de bourse. Mais, le ministère de l'Économie et des Finances est resté investi, à travers « le Trésor », d'une mission générale de tutelle sur les marchés de capitaux et les bourses de valeurs.

1. Cf. art. 212-1 s. Règlement général AMF.

2. Emprisonnement jusqu'à 6 mois, amende jusqu'à 7 500 € (*cf.* art. L. 353-1 C. mon.).

3. Cf. les commentaires de S. Torck, *Dr. sociétés* janv. 2004, p. 5 ; Th. Bonneau, *Dr. sociétés* 2003, n° 177 ; D. Legeais, *RTD com.* 2003, p. 788 ; P. Bouteiller, *JCP E* 2004, 826 ; F. Armand, *D.* 2004, p. 1075. V. égal. deux décrets et un arrêté du 28 sept. 2004.

4. Le cadre de ce *Précis* ne permet pas d'étudier les conditions et les effets de l'accès aux différents marchés boursiers. On pourra se reporter utilement au *Dictionnaire Joly Bourse et produits financiers* (cinq volumes dont deux de textes). V. égal. H. de Vauplane et J.-P. Bornet, *Droit des marchés financiers*, Litec 1998 ; Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, *Economica* 2005 ; A. Couret, H. Le Nabasque et alii, *Droit financier, Précis Dalloz*, 2008 ; F. Auckenthaler, *Droit des marchés de capitaux*, LGDJ 2004 ; H. Bouthinon-Dumas, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, LGDJ 2007.

5. G. Mazet et Th. Forschbach, *Le monopole des sociétés de bourse en matière d'opérations sur valeurs mobilières après la loi du 22 janvier 1988*, *JCP E* 1989, II, 15518 ; H. de Vauplane, *L'évolution des conditions d'accès au marché boursier après la loi du 22 janvier 1988*, *Bull. Joly* 1992, p. 145, n° 39.

6. R. Rousselle, *L'évolution du métier d'agent de change*, *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 123.

7. Cf. A. Couret, *Le « Big-Bang » français*, *Bull. Joly* 1988, p. 7 ; Ch. Goyet, *Présentation générale de la loi du 22 janvier 1988*, *Rev. dr. bancaire* 1988, 109 ; H. Synvet, *Le nouveau droit boursier français après la loi « sécurité et transparence du marché financier »*, *Rev. dr. bancaire* 1990, 3.

Le Conseil des bourses de valeurs (CBV) était l'autorité du marché. Organisme professionnel, il était chargé d'établir le règlement général des bourses de valeurs homologué par le Ministre chargé de l'économie, après avis de la Commission des opérations de bourse et de la Banque de France. Il était également l'autorité disciplinaire à l'égard des sociétés de bourse. C'était au CBV de décider de l'admission des valeurs mobilières aux négociations à la cote ¹ et de leur radiation, la COB disposant d'un droit d'opposition motivée.

La Société des bourses françaises (SBF) devenue Paris Bourse SA en 1999, institution financière spécialisée régie par la loi bancaire, était chargée d'assurer le fonctionnement quotidien et le développement du marché, en appliquant les règles édictées par le CMF.

L'Association française des sociétés de bourse (AFSB, devenue Association française des entreprises d'investissement, AFEI) a toujours pour rôle de promouvoir les activités de marchés financiers et de défendre les intérêts de ses adhérents.

274-2 La loi du 2 juillet 1996 relative à la modernisation des activités financières ◇ La loi du 2 juillet 1996 relative à la *modernisation des activités financières*, aujourd'hui incorporée au Code monétaire et financier, a transposé en droit interne la directive sur les services d'investissement du 10 mai 1993 (DSI). Cette directive participe à la mise en place d'un vaste marché dans lequel doivent être assurés la liberté de circulation des biens et des capitaux ainsi que le libre exercice des professions de l'intermédiation financière. Sont ainsi posées les bases d'un marché unique des services financiers.

La loi de 1996, avait créé un *Conseil des marchés financiers* (CMF), organisme professionnel, doté de la personnalité morale, qui avait succédé au Conseil des bourses de valeurs et au Conseil des marchés à terme. Il avait établi progressivement un règlement général homologué par plusieurs arrêtés ministériels pris en 1998. Ce règlement détermine en particulier les règles de bonne conduite que doivent respecter les prestataires de services d'investissement, les entreprises de marché et les chambres de compensation ; les principes généraux d'organisation et de fonctionnement que doivent respecter les marchés réglementés. Il veille également au respect des règles de bonne conduite et à la régularité des opérations effectuées sur les marchés réglementés. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, dans le souci de rendre notre dispositif de surveillance des marchés financiers plus efficace, a fusionné le CMF et la COB, en créant l'**Autorité des marchés financiers (AMF)**, chargée désormais de prendre le règlement général (cf. art. L. 621-7 C. mon. ; *infra* n° 526).

1. F. L. Simon, *Le juge et les autorités du marché boursier*, LGDJ 2004, préf. G. Canivet et Ph. Merle ; K. Vuillemin, *L'admission des titres sur un marché réglementé*, *Dr. sociétés* juin 1997, p. 3 ; J.-F. Lucq, *Enjeux d'une cotation boursière pour un groupe familial*, *Rev. dr. bancaire* n° 61-1997, p. 82 ; A. Viandier, *Le modèle français de relation entre le juge et les autorités de marché*, *Joly Bourse* 1994, p. 249 ; G. Canivet, *Le juge et l'autorité de marché*, *RJ com.* 1992, p. 185 ;

Afin d'harmoniser la réglementation française, la loi de 1996, puis l'ordonnance du 8 janvier 2009 ¹ ont défini les instruments financiers, les services d'investissement et les opérateurs, dénommés prestataires de services d'investissement.

- **Les instruments financiers**, comprennent les titres financiers et les contrats financiers (art. L. 211-1, I nouv. C. mon.).

Les **titres financiers** sont : les **titres de capital** émis par les sociétés par actions, c'est à dire les actions et les autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou au droit de vote (obligations convertibles, échangeables, remboursables en actions, bons de souscription d'actions ...art. 212-1, A nouv. C. mon.). Ce sont également les **titres de créance**, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse, et les **parts ou actions d'organismes de placement collectif** (SICAV, Fonds communs de placement, fonds communs de créances, sociétés civiles de placement immobilier ; art. L. 211-1, II et L. 214-1 nouv. C. mon.).

Les titres financiers sont tous négociables, à l'exception des parts de SCPI et de sociétés d'épargne forestière (art. L. 211-14 nouv.). Ils sont présumés appartenir au titulaire du compte (art. L. 211-4 nouv. C. mon.) et nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits (art. L. 211-16 nouv. C. mon.).

Les **contrats financiers**, également dénommés instruments financiers à terme, sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par l'article D. 211-1 A C. mon. (art. L. 211-1, III nouv. C. mon.).

- **Les services d'investissement** portent sur ces instruments financiers et comprennent la réception, la transmission et l'exécution d'ordres, ainsi que la gestion de portefeuille pour le compte de tiers, la négociation pour compte propre, la prise ferme et le placement (art. L. 321-1 al. 1 C. mon.). Des services connexes peuvent être librement effectués (art. L. 321-2 nouv. et L. 531-1 al. 2 C. mon.).

- **Les prestataires de services d'investissement**, qui ont remplacé les sociétés de bourse, sont les entreprises d'investissement et les établissements de crédit qui ont reçu un agrément ² pour fournir des services d'investissements (art. L. 531-1, al. 1 C. mon., art. 1 s. Décr. 8 oct. 1996 relatif à l'accès à l'activité de prestataire de services d'investissement). Les entreprises d'investissement sont des personnes morales, autres que les établissements de

1. Sur la loi, cf. *La modernisation des activités financières, sous la direction de Th. Bonneau, G.L.N. Joly* 1996, 314 p. ; B. Petit et Y. Reinhard, *RTD com.* 1996, p. 690 ; P. Le Cannu, *Réflexions sur l'apport de la loi du 2 juill. 1996 au droit des sociétés*, *Bull. Joly* 1996, p. 769, n° 278. Sur l'ordonnance, cf. commentaires Th. Bonneau, *JCP E* 2009, 1105 ; M. Dubertret et D. Mangenet, *D.* 2009, p. 448 ; J. J. Daigre et P. Pailler, *Rev. sociétés* 2009, p. 37.

2. Cet agrément est fourni par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (art. L. 532-1, al. 1 et 2 C. mon.). Pour les prestataires exerçant à titre principal la gestion de portefeuille, l'agrément est délivré par l'AMF (art. L. 532-1, al. 3).

crédit, qui ont pour profession habituelle et principale de fournir des services d'investissement (art. L. 531-4 C. mon.).

Dès lors qu'une entreprise d'investissement a fait l'objet d'un agrément dans son État d'origine, l'agrément vaut **passport européen**, ce qui permet à cette entreprise d'établir une succursale dans un autre État membre (liberté d'établissement) ou d'y exercer directement ses services (libre prestation de services, art. L. 532-16 s. C. mon., art. 6 s. D. 8 oct. 1996).

Les obligations qui pèsent sur les prestataires de services d'investissement (normes de gestion, obligations comptables, règles de bonne conduite) sont précisées par les articles L. 533-1 s. C. mon.

Il est interdit à toute personne autre qu'un prestataire de services d'investissement de fournir à des tiers des services d'investissement, à titre de profession habituelle (art. L. 531-10 C. mon.). La violation de ce monopole est punie de sanctions pénales (emprisonnement de 3 ans, amende de 375 000 €, cf. art. L. 573-1, I, 1 C. mon.). Ces sanctions peuvent être également infligées aux personnes morales (art. L. 573-7 C. mon.).

274-3 Les marchés réglementés ◇ La loi du 2 juillet 1996 a mis en place un cadre qui a permis la création des marchés réglementés. L'ordonnance du 12 avril 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, transposant la « directive MIF » du 21 avril 2004, a défini les marchés et les entreprises de marché et fixé leurs conditions de fonctionnement (art. L. 421-1 s. C. mon.).

On distingue quatre catégories de marchés :

- le marché **Eurolist by Euronext** est un marché réglementé géré par *Euronext Paris*¹. Il constitue la cote officielle. En principe, toutes les transactions se font au comptant².

En décembre 2008, 746 sociétés étaient inscrites à cette cote. La distinction, premier marché, second marché, a disparu et trois compartiments ont été créés : « A », pour les grandes valeurs dont la capitalisation est supérieure à un milliard d'euros ; « B » (« *mid caps* ») pour les valeurs moyennes ayant une capitalisation entre 150 millions et un milliard ; « C » (« *small caps* ») pour les petites valeurs ayant une capitalisation inférieures à 150 millions.

La demande d'admission à la cotation doit être adressée à *Euronext Paris* par l'émetteur avec le concours d'un ou plusieurs intermédiaires financiers responsables des opérations d'introduction au plus tard lors du dépôt du projet de prospectus auprès de l'AMF.

- Le marché **Alternext**, créé par *Euronext* en 2005 afin d'attirer les PME-PMI en bourse, se situe à mi-chemin entre *Eurolist* et le *marché libre*. C'est un marché structuré et organisé mais non réglementé au sens de

1. *Euronext NV* est la première bourse transnationale née en 2000 de la fusion des bourses d'Amsterdam, Bruxelles, Paris, rejointes par celle de Lisbonne. En 2007, un rapprochement est intervenu avec le *New York Stock Exchange (NYSE)*.

2. Cependant, les intermédiaires boursiers proposent à leurs clients un **service à règlement-livraison différé (SRD)** qui leur permet de reporter en fin de mois le paiement d'un achat de titres ou la livraison de titres vendus (comme le permettait avant 2000 le marché à règlement mensuel).

l'article L. 421-4 du Code monétaire. Il n'exige que des conditions de cotation allégées.

En 2008, 119 sociétés étaient cotées sur *Alternext*. Au cours du premier semestre 2008, dans un environnement boursier chahuté, seules cinq sociétés ont été introduites.

– Le **marché libre** est un marché non réglementé organisé par *Euronext Paris* sur lequel les valeurs se négocient au comptant. Il permet aux sociétés de petite taille de financer leur croissance en faisant APE dans des conditions souples mais offrant peu de garanties aux investisseurs ¹.

– Le **Matif** (Marché à terme international de France) et le **Monep** (marché des options négociables de Paris) sont deux marchés de produits dérivés, gérés et réglementés par *Euronext Paris*.

275 Le délit d'initié ² ◇ Certaines personnes disposant d'informations privilégiées sur la marche d'une société peuvent être tentées de les utiliser pour acheter ou vendre des valeurs de la société, avant que le public n'en ait connaissance ³. Afin de maintenir une certaine égalité entre les opérateurs, un *délit d'initié*, à vocation préventive et répressive, a été créé par le législateur en 1970, sur l'initiative de la COB (art. 10-1 ord. 28 sept. 1967 devenu art. L. 465-1 C. mon.). Mais le texte a montré rapidement ses limites ⁴, notamment vis-à-vis des initiés intervenant par le biais de sociétés-écrans domiciliées dans des pays à secret bancaire opaque. L'efficacité passe par une harmonisation des différentes réglementations et une coopération active entre les autorités boursières des principales places financières mondiales.

En Europe, la directive du 28 janvier 2003 ⁵ a abrogé celle du 13 décembre 1989. Cette directive-cadre concerne non seulement les opérations d'initiés mais également les manipulations de marché (manipulation de cours et diffusion de fausses informations) regroupées désormais sous l'appellation d'**abus de marché**. Elle pose

1. Le marché hors cote a disparu le 1^{er} juillet 1998.

2. Cl. Ducouloux-Favard et N. Rontchevsky, *Infractions boursières*, Joly 1997, spéc. p. 27 s. Bibliographie sélective, *Les opérations d'initiés*, Rev. sociétés 1993, p. 645 ; Étude CNPF, *Délits et manquements d'initiés*, 1995 ; E. Gaillard, *Le droit français des délits d'initiés*, JCP 1991, I, 3516. Sur les droits des pays européens, américains et japonais, cf. *Insider trading* sous la direction d'E. Gaillard, Kluwer éd. 1992. V. sur la déontologie boursière, le rapport Pfeiffer, JO, janv. 1990 ; Cl. Ducouloux-Favard et alii, *Le droit du délit d'initié en Europe*, Association d'Économie Financière, 1994. P. Fleuriot et M.N. Dompé, *La répression des délits boursiers*, Joly Bourse n° spéc. avr. 1994, p. 73 s. ; J. Riffault-Tréca, *La répression des infractions d'initié en droit français ; bilan et réforme*, Rev. sc. crim. 1997, p. 1 ; Dossier ANSA, *Délit d'initié : comment le prévenir ?* éd. 2000.

3. Le *Financial Times* a relevé des comportements suspects dans 60 % des fusions et rachats d'entreprises aux USA (FT 3 oct. 2007).

4. M. C. Robert, *La bourse et les initiés, essai de droit comparé*, Rev. sociétés 1982, 3 ; P. Bézard, n° 1585 ; Cl. Ducouloux-Favard, *Le délit d'initié. Dix ans de jurisprudence et d'activité de la Commission des opérations de bourse*, Gaz. Pal. 1984, II, doct., p. 419. Cf. par ex. pour le personnel d'une charge d'agent de change, Crim. 18 févr. 1991, Bull. Joly 1991, p. 538, n° 188, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1991, p. 787, W. Jeandidier ; Paris 27 déc. 1990, Gaz. Pal. 1991, I, p. 157, J.-P. Marchi.

5. V. le commentaire de N. Rontchevsky in *RTD com.* 2003, p. 531.

des principes-cadres qui doivent être précisés par des dispositions d'application à adopter par la Commission, en concertation avec le Comité européen des valeurs mobilières et le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières.

Quelques scandales retentissants amènent régulièrement le législateur à élargir le champ d'application de la répression ¹. C'est ainsi que l'intervention de la *loi sécurité et transparence du marché financier* du 2 août 1989 a été provoquée, sur ce point, par les affaires *Péchiney-Triangle* ² et *Société Générale* ³.

Les initiés visés par l'article L. 465-1 C. mon. sont d'une part les dirigeants sociaux (art. L. 225-109 pour les SA et L. 226-12, al. 1 pour les commandites par actions, « initiés de droit » ou « primaires ») ⁴, d'autre part les personnes qui ont disposé d'informations privilégiées à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions (« initiés de fait » ou « secondaires »). L'initié peut donc être aussi bien un salarié de la société, qu'un analyste financier ⁵ ou un banquier ⁶. Depuis la loi du 2 juillet 1996, les personnes morales peuvent être déclarées personnellement responsables du délit d'initié (art. L. 465-3 C. mon.).

Dans un souci de **prévention des opérations d'initiés** ⁷, la « loi Breton » du 20 juillet 2005 a imposé de nouvelles obligations d'information. C'est

1. V. sur la loi du 22 janv. 1988, Bull. COB avr. 1988, n° 213, Bull. Joly 1988, p. 333 ; Ch. Freyria, *Les aspects répressifs de la réglementation boursière actuelle*, Rev. dr. bancaire 1988, p. 113.

2. V. le rapport de la COB sur cette affaire, in *Le Monde* 2 févr. 1989 ; R.M. JO déb. AN 13 mars 1989, p. 1283 ; Rev. sociétés 1989, 306 ; Paris (Ch. accus.) 12 juill. 1989, Rev. dr. bancaire 1990, p. 84, n° 5, 11, M. Jeantin et A. Viandier ; JCP E 1990, II, 15824, n° 13, Y. Reinhard ; Crim. 3 nov. 1992, Rev. sociétés 1993, p. 436, W. Jeandidier ; JCP E 1993, I, 218, n° 17, A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 1993, p. 534, Y. Reinhard (compétence française pour des délits commis sur des titres étrangers) ; I. Fadlallah, *Point de vue sur l'affaire Péchiney : la localisation du délit d'initié*, Rev. crit. DIP 1996, p. 621. V. sur les condamnations prononcées, T. corr. Paris 29 sept. 1993, partiellement infirmé par Paris 6 juill. 1994, RJDA 1994, p. 889, n° 1151 ; Joly Bourse 1994, p. 583, n° 116, M. Jeantin ; et sur pourvoi, Crim. 26 oct. 1995, Joly Bourse 1996, p. 120, n° 23, N. Rontchevsky ; Rev. sociétés 1996, p. 326, B. Boulloc (sanction d'un an de prison ferme pour recel de délit d'initié).

3. Crim. 14 juin 2006, JCP E 2007, 1146, G. Royer ; Rev. sociétés 2007, p. 125, B. Boulloc.

4. V. par ex. Crim. 15 mars 1993, Rev. sociétés 1993, p. 847, B. Boulloc ; Dr. sociétés 1993, n° 212, H. Hovasse (présomption de responsabilité à l'encontre des dirigeants sociaux) ; sur renvoi, Orléans 20 juin 1994, RJDA 1994, p. 1002, n° 1302 ; et sur nouveau pourvoi Crim. 19 oct. 1995, Rev. sociétés 1996, p. 323, B. Boulloc ; Dr. sociétés 1996, n° 45, H. Hovasse ; Joly Bourse 1996, p. 116, n° 22, N. Decoopman (délégation de pouvoir inopérante). Rapp. également pour les opérations sur instruments financiers réalisées par les dirigeants et les personnes ayant des liens personnels étroits avec eux (art. L. 621-18-2 C. mon.), communiqué AMF 27 déc. 2004, BRDA n° 1-2005, p. 5

5. J. J. Daigre, *L'analyste initié* in *Mélanges B. Boulloc*, Dalloz 2007, p. 263.

6. V. par ex. Douai 28 mai 1991, Bull. Joly 1991, p. 1120, n° 389, P. Le Cannu (dirigeant de société) ; Paris 15 janv. 1992, Gaz. Pal., 23 avr. 1992, J.-P. Marchi (banquiers de la Société générale de Fonderie) ; Paris 8 nov. 1993, Joly Bourse 1994, p. 129, n° 21 (trader, non respect d'un embargo) ; Lyon 18 déc. 1991, Gaz. Pal. 2 juill. 1992, J.-P. Marchi (actuaire d'une charge d'agent de change).

7. A. Fauchon, Th. Philippon, *La déclaration préalable : pour une prévention efficace du délit d'initié*, Bull. Joly 2008, p. 442, n° 95.

ainsi que les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les membres des marchés réglementés non prestataires de services d'investissement doivent déclarer sans délai à l'AMF les opérations sur instruments financiers qui leur paraissent suspects (art. L. 621-17-2 et s. C. mon.). De plus, la loi nouvelle met à la charge des dirigeants et des « hauts responsables non dirigeants » d'un émetteur faisant appel public à l'épargne et des personnes ayant des liens étroits avec eux l'obligation de communiquer à l'AMF leurs acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges de titres de l'émetteur, ainsi que des transactions opérées sur des instruments financiers qui leur sont liés (art. L. 621-18-2 C. mon.). Le règlement général de l'AMF définit les conditions d'application de cette obligation de déclaration. Enfin, l'émetteur doit établir, mettre à jour et communiquer à l'AMF une liste des personnes travaillant en son sein et ayant accès aux informations privilégiées (cf. art. 621-18-4 al. 2 C. mon. ; art. 223-27 ss. Règl. gén. AMF) ¹.

L'**élément matériel** de l'infraction suppose l'existence d'une information privilégiée ² sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé (art. L. 465-1 C. mon.). Peu importe la nature des opérations (achat, échange, levées d'option...) ; peu importe qu'elles aient été réalisées sur un marché réglementé ou, hors marché, de gré à gré ³. L'information privilégiée doit être suffisamment précise et significative ⁴. Il faut également que les initiés aient réalisé ou sciemment permis de réaliser sur le marché, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de l'information ⁵. Peu importe que l'information n'ait pas été déterminante de l'opération.

L'**élément moral** implique que l'initié a procédé à l'opération en sachant qu'il détenait une information à un moment où le public n'en avait pas encore connaissance ⁶ ou qu'il permettait de réaliser une telle opération en sachant qu'il communiquait une telle information. L'intention peut soule-

1. Cf. sur ces listes d'initiés, Ph. Portier, *Dr. sociétés* avr. 2006, p. 13. Cf. égal. communiqué de presse AMF du 14 nov. 2007, in BRDA n° 22-2007, p. 6, supprimant de la liste les acquéreurs potentiels et les commissaires aux comptes

2. Crim. 14 juin 2006 (aff. *Société Générale*) JCP E 2007, 1146, G. Royer.

3. V. avant la réforme de la loi du 2 juill. 1996, Com. 18 juin 1996 (aff. *P. Bergé*) D. 1998, somm. 75, Y. Reinhard ; Colmar 13 oct. 2000 ; T. corr. Paris 22 sept. 2000, RTD com. 2001, p. 190, N. Rontchevsky.

4. Paris 30 mars 1977, JCP 1978, II, 18789, 1^{re} esp., A. Tunc. Sur l'appréciation objective de l'information privilégiée, Crim. 26 juin 1995, *Joly Bourse* 1995, p. 285, n° 53, P. Le Cannu ; JCP E 1996, II, 766, A. Viandier ; *Rev. sociétés* 1995, p. 562, B. Boulloc ; *Dr. sociétés* 1995, n° 226, H. Hovasse ; rapport Briec de Massiac, RJDA 1995, p. 650 (aff. *La Ruche Méridionale*) ; J.-F. Renucci, *Les frontières du délit d'initié*, Dalloz Affaires 1996, p. 403 ; Ph. Rinciaux, *Récents développements en matière de délit d'initié et de non-déclaration de franchissement de seuil*, RJDA 1993, p. 321 ; Crim. 14 juin 2006 (aff. *Société Générale*) JCP E, 2007, 1146, G. Royer.

5. Paris 8 nov. 1993, *Dr. sociétés* 1994, n° 61, H. Hovasse (information sous embargo).

6. T. corr. Paris 18 avr. 1979, JCP 1980, II, 2e esp., 19306, A. Tunc.

ver de difficiles problèmes de preuve ¹, même si les « initiés de droit » sont présumés avoir détenu l'information privilégiée.

Les **sanctions** sont lourdes : jusqu'à deux ans d'emprisonnement et amende jusqu'à 1 500 000 €, ce montant pouvant être porté au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, mais ne pouvant être inférieur audit profit ².

Afin de renforcer la répression, le règlement général de l'AMF sanctionne l'**abus de marché** qui peut se réaliser par des opérations d'initié (**manquement d'initié**) ou des manipulations de marché (art. 611-1 s.) ³. L'information privilégiée est une information non publique, précise qui, si elle était rendue publique pourrait avoir une incidence sensible sur le cours de l'instrument financier concerné ⁴. Le devoir d'abstention (art. 622-1 s.) n'est pas absolu dans la mesure où la Cour de cassation admet que la violation de cette obligation peut être justifiée lorsque l'initié a agi dans un intérêt autre que personnel ⁵.

L'AMF peut infliger au contrevenant, personne physique ou personne morale, une sanction pécuniaire dont le montant peut atteindre 1 500 000 € ou, si des profits ont été réalisés, le décuple du montant de ceux-ci (art. L. 621-15 C. mon.).

1. Cf. par ex. Paris 11 févr. 1987, prononçant une double relaxe dans une affaire portant sur les titres de la société Thomson-CSF, JCP E 1987, 16342, n° 24, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rapp. Paris 26 févr. 1990, Gaz. Pal. 1990, I, p. 340, J.-P. Marchi.

2. V. sur l'admission d'une constitution de partie civile par des actionnaires ayant subi un préjudice personnel direct, Crim. 11 déc. 2002, Bull. Joly 2003, p. 433, n° 87, E. Dezeuze ; RTD com. 2003, p. 336, N. Rontchevsky.

3. F. L. Simon, *Réflexions sur le délit et le manquement d'initié*, in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz 2007, p. 1071. V. pour un manquement d'initié, Commis. sanctions AMF 6 déc. 2007, BRDA n° 5-2008, p. 5 (vente de titres à découvert).

4. Art. 621-1 Règl. Gén. AMF. A. Dethomas, *L'évolution du manquement d'initié*, D. 2005, p. 706 ; J.H. Robert, *Le manquement d'initié*, Dr. sociétés, déc. 1990, p. 1 ; J.-M. Bardy, Rev. dr. bancaire 1990, p. 222 ; M. Jeantin et A. Viandier, id. p. 240 ; A. Viandier, *Observations sur le délit d'utilisation d'une information privilégiée*, Bull. Joly 1992, p. 253, n° 76 ; Cl. Ducouloux-Favard, *Manquement et délit d'initié*, D. 1992, chron. 197..Pour des applications, Décision COB 22 déc. 1992, Joly Bourse, mars-avr. 1993, p. 160, P. Le Cannu, confirmée par Paris 26 mai 1993, D. Borde et A. Poncelet, Rev. dr. bancaire 1994, p. 67 ; Gaz. Pal. 3 mai 1994, concl. Jobard ; Dr. sociétés 1993, n° 213, H. Hovasse (aff. Delalande, administrateur de société faisant l'objet d'une OPE, 10 millions d'amende) ; Décision COB 24 juin 1993, Bull. COB n° 271-1993, p. 88 (analyste financier) ; Paris 16 mars 1994 (aff. Pierre Bergé) JCP E 1994, I, 363, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Dr. sociétés 1994, n° 100, H. Hovasse ; JCP E 1994, II, 605, Th. Forsbach et F. Leloup ; D. 1995, Somm. 202, Y. Reinhard ; Gaz. Pal. 3 mai 1994, obs. Jobard et 12 juill. 1994, J.P.M. ; et sur pourvoi, Com. 18 juin 1996, JCP E 1996, II, 875, H. Hovasse ; (champ d'application du règlement COB n° 90-08 ; notion de marché) ; Paris 15 nov. 1994 (aff. Zodiac), Dr. sociétés 1995, n° 45, H. Hovasse (ramassage par portage avant OPA) ; Paris 15 mars 1995, Dr. sociétés 1995, n° 154, H. Hovasse (information non publique) ; Paris 1^{er} avr. 2003, Bull. Joly 2004, p. 1054, n° 223, J. J. Daigre.

5. V. dans l'affaire *Métrologie — Haddad*, Crim. 9 avr. 1996, RJDA 1996, p. 472, n° 645 et p. 438, concl. M. Ch. Piniot ; Dr. sociétés 1996, n° 138, H. Hovasse ; Com. 5 oct. 1999, JCP E 2000, p. 32, H. Hovasse ; Bull. Joly 1999, p. 1193, n° 276, A. Pietrancosta ; Rev. sociétés 1999, p. 850, S. Robineau ; RTD com. 2000, p. 141, N. Rontchevsky. S. Schiller, *L'intérêt social, fait justificatif du manquement d'initié ?* Dr. sociétés, avr. 2000, p. 4 ; J.-M. Moulin, *Le principe d'égalité devant l'information dans le système répressif boursier*, Joly Bourse 2000, p. 117, n° 30. V. égal. Paris 11 sept. 2001, JCP E 2001, p. 1821, A. Viandier ; Dr. Sociétés 2001, n° 181, H. Hovasse ; RTD com. 2001, p. 953, N. Rontchevsky.

Les mêmes faits peuvent donc constituer à la fois une violation du règlement général de l'AMF (art. 611-1 s.) et une infraction pénale (art. L. 465-1 C. mon.) entraînant un cumul de sanctions. Le Conseil constitutionnel a jugé ¹ que le principe selon lequel une même personne ne peut être sanctionnée deux fois pour un même fait ne s'applique pas au cas de cumul entre des sanctions pénales et des sanctions administratives. Mais il a rappelé qu'en application du principe de proportionnalité des peines (art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme), le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ². L'article L. 621-16 C. mon. prévoit que lorsque l'AMF prononce une sanction pécuniaire devenue définitive, avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce ³.

Cette double sanction est de plus en plus critiquée. Le rapport Coulon sur *La dépenalisation de la vie des affaires* a suggéré de limiter le cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives ⁴.

Le champ d'application du délit d'initié a été étendu par la loi du 2 août 1989 à l'infraction de *communication d'information privilégiée*, la sanction, moins sévère, ne frappant que l'informateur. Le délit est constitué lorsque la communication est faite à un tiers en dehors du cadre normal de la profession ou des fonctions (« délit de dîner en ville » ⁵, cf. art. L. 465-1, al. 2 C. mon.).

Est également punissable la **manipulation de cours** ⁶ qui est le fait pour une personne d'exercer une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé en induisant autrui en erreur (art. L. 465-2, al. 1^{er} C. mon.) Il en va de même pour celle qui aura siemment répandu dans le public ⁷ par des voies et moyens quelconques des **informations fausses ou trompeuses** sur les perspectives ou la situation d'un émetteur ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé de nature à agir sur les cours (al. 2) ⁸.

1. Décision n° 89-260 du 28 juill. 1989.

2. V. par ex. T. corr. Paris 3 déc. 1993, *RJDA* 1994, p. 893, n° 1152 ; Ph. Rinczaux, *Délit et manquement d'initié : le tableau complété*, *RJDA* 1994, p. 855. Rapp. R. Vatinet Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? *Petites Affiches* 30 sept. 1998, p. 58.

3. F. Stasiak, *Les cumuls de sanctions en droit boursier*, *Joly Bourse* 1997, p. 181 ; H. de Vauplane et O. Simart, *Délits boursiers : propositions de réforme...*, *Rev. dr. bancaire* 1997, p. 85. Pour une illustration des inconvénients de ce cumul, T. corr. Strasbourg 20 avr. 1999 ; Paris 2 juill. 1999 (aff. *Brasseries Fischer*), *RTD com.* 1999, p. 919, N. Rontchevsky ; Paris 26 oct. 1999, *Joly Bourse* 2000, p. 153, n° 34, N. Rontchevsky (pas d'application de la règle *non bis in idem*).

4. Janvier 2008, p. 61 ss.

5. Cf. A. Viandier, *JCP E* 1989, II, 15612, n°s 43 s ; T. corr. Paris 13 févr. 2002, *RTD com.* 2002, p. 347, N. Rontchevsky (salariés, journaliste).

6. H. de Vauplane et O. Simart, *La notion de manipulation de cours et ses fondements en France et aux USA*, *Rev. dr. bancaire* n° 56-1996, p. 158 ; Paris 30 nov. 2004, *Dr. sociétés* 2005, n° 203, R. Salomon ; T. corr. Paris 8 juin 2005, *Dr. sociétés* 2006, n° 97, R. Salomon ; *Bull. COB*, n° 229, oct. 1989, p. 63 ; *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 84, n° 3, M. Jeantin et A. Viandier ; sur la technique de la « bouillotte », T. corr. Paris 14 mars 1990, et Paris 19 févr. 1991, *Dr. sociétés* 1991, n° 249 ; T. corr. Paris 5 mars 1993, *RJDA* 1993, p. 705, n° 813.

7. Sur la notion de public, *Crim.* 15 mai 1997, *Rev. sociétés* 1998, p. 135, B. Bouloc.

8. Paris 15 janv. 1992 (aff. *Société générale de Fonderie*) *Gaz. Pal.* 23 avr. 1992, J.-P. Marchi ; *Dr. sociétés* 1992, n° 189, H. Hovasse (responsabilité civile des auteurs de l'infraction) ; Paris

En 2008, l'AMF a ouvert 97 enquêtes et en a terminé 95. Pendant cette même année, 22 enquêtes ont donné lieu à procédure de sanction ¹.

La loi de sécurité financière a centralisé auprès du TGI de Paris la poursuite, l'instruction et le jugement des délits prévus aux articles L. 465-1 et L. 465-2 C. mon. ainsi que des infractions connexes (art. 704-1 C. pr. pén.).

SECTION 2. LES ACTIONS

276 Définition ◇ Le terme « action » désigne le droit de l'associé dans une société anonyme (ou dans une société en commandite par actions ou dans une SAS) et il désigne également le titre négociable qui représente ce droit, qui est désormais matérialisé par une inscription en compte (*supra*, n° 271).

Les sociétés anonymes émettant obligatoirement des actions et la plupart n'émettant pas d'autres valeurs mobilières, les actions tiennent une place de toute première importance. Après avoir dégagé les caractéristiques des actions (sous-section 1), et les différents types existants (sous-section 2), il conviendra de préciser les droits et obligations des titulaires d'actions (sous-section 3).

SOUS-SECTION 1. Caractéristiques des actions

277 Valeurs des actions ◇ L'action a une *valeur nominale* qui représente une quote-part du capital social ².

Si le capital d'une société est de 1 000 000 € divisé en 10 000 actions, la valeur nominale de chaque action (« le pair ») est de 100 €. Mais une société peut fort bien avoir des actions de valeurs nominales différentes, à la suite, par exemple, d'augmentations de capital.

15 déc. 1989, *Dr. sociétés* 1991, n° 38, J.H. Robert (fausses nouvelles boursières diffusées par un service télématique) ; Paris 14 janv. 1992, *Gaz. Pal.* 28 mai 1992, J.-P. Marchi. Cf. égal. règl. 98-07 de la COB relatif à l'obligation d'information du public ; décision COB 29 sept. 1992, *Joly Bourse* 1993, p. 57, N. Decoopman, confirmée par Paris 17 mars 1993, *JCP E* 1993, I, 250, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 30 nov. 1994 (aff. *Tapie*) *Gaz. Pal.* 31 déc. 1994, concl. Y. Jobard ; *RTD com.* 1995, p. 144, B. Petit et Y. Reinhard (refus d'admettre la délégation de pouvoir à un collaborateur) ; Com. 14 nov. 1995 (aff. *Beaux Sites*) *Dr. sociétés* 1995, n° 256, H. Hovasse ; Paris 13 mai 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 849, B. Boulloc ; *Joly Bourse* 1997, p. 628, n° 96, H. de Vauplane (obligation d'abstention) ; Paris 2 avr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 842, B. Boulloc ; *Joly Bourse* 1997, p. 611, n° 94, N. Rontchevsky (acquisition de titres pouvant faire l'objet d'une OPA) ; V. dans l'affaire du *Comptoir des Entrepreneurs*, T. corr. Paris 17 déc. 1997, *Bull.* 1997, *Joly* 1998, p. 485, n° 165, N. Rontchevsky ; *Joly Bourse* 1998, p. 121, n° 32, G. Lesguillier (condamnation des dirigeants à plus de 21 millions de francs de dommages et intérêts au titre de l'action civile) ; T. corr. Paris 27 févr. 1998 (aff. *Sedri*) *RTD com.* 1998, p. 640, N. Rontchevsky. Rapp. Pour un manquement à l'obligation de délivrer une information exacte, précise et sincère, Com. 19 déc. 2006 (aff. *Messier-Vivendi*) *D.* 2007, p. 232, A. Lienhard.

1. Rapport annuel AMF 2008, p. 191.

2. J.-C. May, *La valeur nominale des actions de sociétés*, thèse dactyl. Paris II, 1980.

Depuis la loi du 2 juillet 1998 portant DDOEF, l'obligation qui incombait aux sociétés par actions de mentionner dans leurs statuts la valeur nominale des actions est devenue facultative. Désormais, il peut donc y avoir des actions sans valeur nominale ¹. Mais si la société choisit d'indiquer dans ses statuts le montant nominal des actions, cette indication s'applique alors à toutes les émissions d'actions (art. L. 228-8).

Pour réduire le nombre des actions en circulation, le législateur peut faciliter le regroupement des actions (v. par ex. L. 10 juillet 1964 intégrée par l'ord. du 24 juin 2004 dans le Code de commerce sous les articles L. 228-29-1 et s.) ², ce qui entraîne une augmentation du nominal des actions nouvelles. L'actionnaire qui ne possède pas le nombre suffisant d'actions anciennes pour obtenir un nombre entier d'actions nouvelles doit alors acheter ou vendre les actions formant « rompus ». Cette obligation constitue une augmentation des engagements des actionnaires exceptionnellement permise (cf. art. L. 225-96, al. 1 ; *infra*, n° 489).

Si une société décide de regrouper ses actions de 50 € en actions de 200 €, le regroupement se fera sur la base d'une action nouvelle pour quatre actions anciennes. L'actionnaire qui est titulaire de 22 actions anciennes pourra obtenir 5 actions nouvelles contre 20 actions anciennes (20/4). Il lui restera deux actions anciennes formant rompus. Il devra alors soit vendre ces deux actions, soit acheter trois actions anciennes et il obtiendra alors une action nouvelle de plus.

La valeur nominale des actions ³ qui correspond à la valeur de l'apport, est rapidement sans signification économique. Elle doit donc être nettement distinguée d'autres notions :

- **La valeur d'émission** ⁴ est supérieure au pair quand une société ayant constitué des réserves procède à une augmentation de capital. Les souscripteurs devront en effet verser en plus de leur apport (valeur nominale de l'action) une prime d'émission (*infra*, n° 333).

- **La valeur intrinsèque** (« mathématique », « vénale ») est le quotient de l'actif net (actif réel moins passif à l'égard des tiers) par le nombre d'actions. Si la société a constitué des réserves, la valeur intrinsèque sera

1. Cette mesure a été adoptée afin d'éviter les problèmes d'arrondis liés à la conversion du capital social en euros, qui auraient rendu peu lisible par les actionnaires une valeur nominale comportant plusieurs chiffres après la virgule. Cf. A. Couret, préc., *Bull. Joly* 1998, p. 713, n°s 8 s. ; J.-P. Bouère, *De l'euro aux actions sans mention de valeur nominale*, *JCP E* 1998, p. 112 ; B. Ehlers-Flans, *Les actions sans valeur nominale exprimée en Allemagne et en France*, *Bull. Joly* 1999, p. 743, n° 164. V. déjà, Th. Tilquin, *Les actions et parts sans valeur nominale en droit belge*, *Bull. Joly* 1998, p. 738, n° 244.

2. S. Sylvestre, *Le regroupement d'actions après l'ordonnance du 24 juin 2004 : une occasion manquée ?* *Bull. Joly* 2005, p. 7, n° 1.

3. L'article L. 214-15 C. mon. dispose que le montant du capital des SICAV est égal à tout moment à la valeur de l'actif net de la société, déduction faite des sommes distribuables. C'est dire que les actions de ces sociétés sont également sans valeur nominale.

4. P. Didier, *Le prix d'émission des actions*, in *Mélanges Jacques Foyer*, *Economica* 2007.

supérieure à la valeur nominale ; mais si elle a subi des pertes, c'est la valeur nominale qui sera supérieure.

Si la société a un capital de 1 000 000 € divisé en 10 000 actions, et un actif net de 2 400 000 euros :

- la valeur nominale de l'action est de $1\,000\,000 : 10\,000 = 100$ €
- tandis que la valeur intrinsèque est de $2\,400\,000 : 10\,000 = 240$ €

Le calcul de la valeur intrinsèque, qui a pour base le bilan de la société, est très délicat ¹ et donne presque toujours lieu à difficultés ².

- **La valeur boursière**, ne concernant que les actions cotées en bourse, indique la valeur figurant à la cote. Cette valeur tient compte de l'offre et de la demande dont l'action est l'objet. Elle anticipe sur l'avenir de la société.

Lorsque la valeur boursière des actions d'une société est très importante, la négociation des titres peut être plus difficile en raison de leur « lourdeur » qui risque d'éloigner les épargnants modestes. Il peut être alors intéressant de décider en assemblée générale extraordinaire de procéder à une **division des actions** (« split » dans le jargon financier). L'opération est possible dès lors que le nominal est au moins égal au nominal prévu par les statuts, sauf à modifier ces derniers ³.

À l'occasion des privatisations, il a été également procédé à des opérations de division des actions afin de pouvoir offrir plus de titres aux souscripteurs. C'est ainsi que les actions de la *Société Générale* ont été divisées par quatre en 1987, comme celles de *Rhône-Poulenc* en 1993.

- **La valeur liquidative** (« à la casse ») correspond à la valeur intrinsèque, mais après déduction des charges qui interviendraient en cas de liquidation (impôts, charges sociales, rémunération des liquidateurs...).

278 Propriété des actions ⁴ ◇ Avant la dématérialisation des valeurs mobilières, l'action au porteur était représentée par un document matériel auquel s'appliquait le régime des meubles corporels. L'action nominative n'était déjà plus matérialisée par un document ⁵. Désormais, il n'y a plus incorporation du droit dans un titre ; la propriété est devenue un droit sur une valeur. Comme l'avait justement noté le Doyen Roblot, le titulaire de

1. P. Mousseron, *Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux*, RJDA 2006, p. 199.

2. V. par ex. pour les nationalisations de 1982, Cons. Const. 16 janv. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, I, 67, A. Piédelièvre et J. Dupichot, condamnant le système « multicritère » qu'avait retenu le Gouvernement ; B. Saint-Girons, La loi du 11 févr. 1982 et l'indemnisation des actionnaires des sociétés nationalisées, *Rev. sociétés* 1982, p. 263.

3. L'AGE de *Danone* a décidé le 15 avr. 2004 de diviser par deux la valeur nominale de l'action pour la ramener à 0,50 euro, alors que le titre cotait 140 euros (*Les Échos* 16 - 17 avr. 2004).

4. V. Allegaert, *De la propriété de valeurs mobilières*, *Bull. Joly* 2005, p. 340, n° 68.

5. Le certificat nominatif qui était remis aux titulaires de ces actions ne valait pas en lui-même titre de propriété. La cession du certificat était sans effet si elle ne s'accompagnait pas d'un transfert sur les registres de la société.

l'action « n'a pas seulement contre l'émetteur ou l'intermédiaire habilité un droit de créance qui assujettit le teneur de comptes à un certain nombre d'obligations rigoureuses. Il a sur la valeur représentée par l'inscription, un droit qui se rattache à la catégorie des droits réels par les pouvoirs qu'il confère en vue de son utilisation directe ou immédiate et par son opposabilité absolue »¹.

La réforme n'a cependant pas modifié les relations des actionnaires avec la société émettrice. Dès lors que le titre fait l'objet d'une inscription en compte, l'actionnaire peut, en principe, en exercer tous les droits pécuniaires et extra-pécuniaires (cf. art. L. 94-II al. 4 L. 30 déc. 1981 ; *infra*, n^{os} 293 s.).

Le titre représentant une part du capital social, il ne peut être divisé. C'est le principe de l'**indivisibilité de l'action**, affirmé par l'article L. 228-5.

Quand les actions appartiennent à plusieurs personnes en **indivision**, le principe de l'indivisibilité du titre à l'égard de la société (art. L. 228-5), implique que les droits qui y sont attachés sont exercés à l'unanimité². Ainsi les copropriétaires d'actions indivises³ sont-ils représentés aux assemblées générales par l'un d'eux⁴ ou par un mandataire unique qui encaisse également les dividendes. En cas de désaccord, le mandataire est désigné en justice à la demande du copropriétaire le plus diligent (art. L. 225-110, al. 2 ; *infra*, n^o 314)⁵. Cependant la qualité d'associé est reconnue à chacun des indivisaires⁶, qui doit être convoqué aux assemblées dès lors que les actions indivises sont nominatives (art. R. 225-68, al. 2), et qui bénéficie du droit à l'information⁷.

Lorsque des actions sont inscrites en **compte joint**, leurs droits non pécuniaires sont exercés par l'un ou l'autre des co-titulaires dans les conditions déterminées par la convention d'ouverture de compte (art. L. 228-6-2).

1. In *La dématérialisation des valeurs mobilières* ; brochure ANSA 1984, n^o 185 § 18. Comp., H. Le Nabasque, *Les actions sont des droits de créance négociables* in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 671.

2. L. Nurit-Pontier, *Le décompte des droits sociaux indivis ; combien pèsent les indivisaires de droits sociaux ?* Bull. Joly 2007, p. 657, n^o 183.

3. M. Storck, *Les groupements de copropriétaires d'actions*, Rev. sociétés 1983, 293.

4. Si l'indivisaire se prévaut d'un mandat tacite pour représenter l'indivision, il ne peut accomplir que des actes d'administration et pas des actes de disposition (art. 815-3 al. 2 C. civ.) Com. 16 nov. 2004, Bull. Joly 2005, p. 375, n^o 73, J. P. Garçon ; Rev. sociétés 2005, p. 650, B. Dondero (augmentation de capital).

5. Paris 20 oct. 1999, Dr. sociétés 2000, n^o 61, D. Vidal ; Bull. Joly 2000, p. 415, n^o 84, J. Derruppé (époux divorcés) ; Versailles 7 déc. 2000, Bull. Joly 2001, p. 420, n^o 103, J.-P. Garçon (épouse décédée, situation des enfants). Si l'un des indivisaires est privé du droit de vote en raison de l'intérêt personnel qu'il a à l'adoption de la résolution (avantages particuliers, convention avec la société...) le droit de vote attaché aux actions indivises ne peut pas être exercé, et les actions indivises ne peuvent pas être prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité, R.M. JO déb. AN 1^{er} mars 1975, p. 765 ; Rev. sociétés 1975, p. 332.

6. Avant le partage, les actionnaires n'ont cependant que des droits limités qui ne leur permettent pas de répondre à une OPA, cf. Paris 15 févr. 1990, D. 1990, IR, 74 ; Rev. dr. bancaire 1990, p. 135, M. Jeantin et A. Viandier ; RTD com. 1990, p. 417, n^o 6, Y. Reinhard.

7. Com. 5 mai 1981, Rev. sociétés 1982, 95, A. Viandier. Sur l'action pénale et l'action civile en réparation du préjudice subi, Crim. 11 avr. 1996, Rev. sociétés 1997, p. 136, B. Bouloc.

Lorsque les actions sont grevées d'un **usufruit** ¹ (à la suite d'usufruit successoral ou de cession d'usufruit), la loi a prévu que l'usufruitier a le droit de vote dans les assemblées générales ordinaires, sauf dérogation statutaire (art. L. 225-110, al. 1 et 4 ; *infra*, n° 467) et le droit à l'information (art. L. 225-118 ; *infra*, n°s 472 s.). C'est également lui qui perçoit les fruits de l'action, c'est-à-dire les dividendes ². Il ne peut pas être privé par les statuts du droit de voter les décisions concernant l'affectation des bénéfices (*cf. infra*, n° 482).

Le nu-proprétaire a le droit de vote dans les assemblées générales extraordinaires, sauf dérogation statutaire (art. L. 225-110, al. 1 et 4 ; *infra*, n° 492) ³ et le droit à l'information (art. L. 225-118 ; *infra*, n°s 472 s.). En cas d'augmentation de capital, c'est lui qui en principe exerce le droit préférentiel de souscription (art. L. 225-140 ; *infra*, n° 557). Tout ce qui n'est pas « fruits » revient également au nu-proprétaire : distribution de réserves, remboursement du nominal de l'action, *boni* de liquidation... On s'accorde généralement pour considérer que la qualité d'associé appartient

1. A. Rabreau, *L'usufruit des droits sociaux*, Litec 2006 ; C. Fargier-Bedard, *L'usufruit des valeurs mobilières*, Thèse dactyl. Paris I, 2000 ; R. Kaddouch, *L'usufruit des droits sociaux, technique de transfert du droit de vote*, Bull. Joly 2004, p. 189, n° 29 ; bibliographie thématique sur l'usufruit des valeurs mobilières, Rev. sociétés 1995, p. 610 ; Y. Paclot, *Remarques sur le démembrement des droits sociaux*, JCP E 1997, I, 674 ; C. Patat, *Variations autour d'un thème soi-disant connu : le démembrement de propriété*, JCP N 1990, prat. 1627, p. 641 ; M. Grimaldi et J.-F. Roux, *La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit*, D. 1994, chron. 219 ; I. Robert-Cadet, *L'usufruit des droits sociaux*, Petites Affiches 19 mai 2000, n° 100, p. 54. Sur la rémunération d'un apport de biens démembrement, R.M. JO déb. AN 27 nov. 2000, p. 6756 ; Bull. Joly 2001, p. 83, n° 24 ; Rev. sociétés 2001, p. 167.

2. Sur la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières par l'usufruitier, *cf. Civ. 1^{re}*, 12 nov. 1998, aff. Baylet, *supra*, n° 268 ; rapp. S. Najjar, *La gestion de portefeuille ; contribution à l'étude de la notion de quasi-propriété*, thèse dactyl. Paris II, 2005. B. Pacaud, *Le compte de titres démembrement*, Defrénois 2000, art. 37149. Fiscalement, alors qu'en principe le nu-proprétaire est redevable de l'impôt sur la plus-value (DB 5 G 4521, n° 9), l'administration fiscale reconnaît ainsi, pour le cas où le quasi-usufruitier conserve la propriété des titres et peut en disposer, à charge pour lui d'en restituer l'équivalent au terme de l'usufruit, que la plus-value réalisée est imposable au nom de ce dernier (R. M. JO AN 26 juin 2000, p. 3810). Sur l'incidence du vote par l'usufruitier de la mise en réserve des bénéfices sociaux, Com. 10 févr. 2009, Caudiou, RJF 5/09, n° 514 ; Dr. fisc. 2009, n° 12-13, comm. 252 ; et 31 mars 2009, Audureau, RJF 7/09, n° 698. Sur le régime fiscal des plus-values mobilières afférentes aux titres dont la propriété est démembrement, Instr. 13 juin 2001, BOI 5 C-1-01, fiche 1 ; M.-H. Monsérié-Bon et L. Grosclaude, *Usufruit des droits sociaux*, Dr. et patr. juin 2004, n° 128, p. 42 ; R.M. JO déb. AN 4 janv. 2005, p. 72. Sur l'extension du bénéfice de l'exonération des droits d'enregistrement aux donations d'entreprises avec réserve d'usufruit, *supra* n° 4. Sur l'imposition de la plus-value au seul nom du nu-proprétaire en cas de transfert de la propriété démembrement sur d'autres titres, TA Melun 18 nov. 2004, Granberg-Dorigo, Dr. fisc. 2005, n° 28, comm. 530. En ce qui concerne le régime fiscal des plus-values mobilières afférentes aux parts sociales de sociétés de personnes dont la propriété est démembrement, Instr. 8 nov. 1999, BOI 4 F-2-99 ; CE 18 déc. 2002, Soalhat, RJF 3/03, n° 328 ; Dr. fisc. 2003, n° 11, comm. 205 (sur le régime fiscal des sociétés de personnes, *supra* n° 13-1). Sur l'exclusion du régime de faveur des sociétés « mères », *infra* n° 666-1. Sur l'incidence du démembrement de propriété en matière d'ISF (*infra* n° 420) : Com. 13 nov. 2003, Roubaud, Dr. fisc. 2004, n° 11, comm 331 ; Instr. 14 juin 2005, BOI 7 S-5-05. Sur la prise en compte par le juge fiscal du droit irréductible pour le nu-proprétaire de participer aux assemblées, *infra* n° 492.

3. Cf. ANSA, Comité juridique, 15 sept. 1999, après Com. 9 févr. 1999 (aff. Château d'Yquem).

au nu-propriétaire ¹. Mais la Cour de cassation n'a pas encore tranché nettement la question ².

279 Achat par une société de ses propres actions ◇ L'actionnaire étant propriétaire de son titre, rien n'interdit bien entendu qu'une société soit actionnaire d'une autre société. Mais peut-on développer le principe et admettre que la société devienne propriétaire de ses propres actions ?

Le législateur avait estimé en 1966 qu'il était anormal qu'une société puisse être son propre actionnaire, une personne ne pouvant être à la fois créancière et débitrice d'elle-même. Il a également pensé qu'il y avait un risque de porter atteinte au principe d'intangibilité du capital social, gage des créanciers sociaux ³. L'article 217 de la loi de 1966, devenu art. L. 225-206 C. com., avait donc posé le principe qu'une société ne pouvait pas être propriétaire de ses propres actions, mais des exceptions nombreuses étaient admises.

Cependant, cette conception a été peu à peu considérée comme largement infondée, dans la mesure où c'est en réalité l'actif social qui constitue le gage effectif des créanciers, puisque c'est lui seul qui peut être saisi ⁴. La COB elle-même a ainsi souhaité un assouplissement des règles applicables à l'achat de leurs propres actions par les sociétés ⁵. Le *rapport Esambert* ⁶ a fait valoir que cette possibilité, qui s'est développée de façon spectaculaire aux USA, permet aux sociétés qui disposent d'une trésorerie excédentaire de diminuer le nombre de leurs titres, ce qui fait grimper le ratio du bénéfice net par action et entraîne immédiatement une hausse du cours de bourse. Cette création de valeur permet de stabiliser l'actionnariat et l'opération peut apparaître également comme une bonne mesure de protection anti-OPA

1. Cf. M. Cozian, *Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a qualité d'associé ?*, JCP E 1994, I, 374 et *L'usufruitier de droits sociaux a-t-il ou non la qualité d'associé ?*, JCP E 2003, p. 1038, n° 946 ; C. Regnault-Moutier, *Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ?*, Bull. Joly 1994, p. 1155, n° 320 ; J. Derrupé, *Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions*, *Defrénois* 1994, p. 1137 ; L. de Maintenant, *Cessions d'usufruit : et si l'on voyait les choses autrement ?*, BF Lefebvre 7-8/00, p. 407. Comp. A. Viandier, *La notion d'associé*, op. cit., n°s 20 et s., n°s 248 et s. ; J. P. Chazal, *L'usufruitier et l'associé*, Bull. Joly 2000, p. 679, n° 158. V. Versailles 19 déc. 1989, Bull. Joly 1990, p. 182, n° 48, P. Le Cannu (les actions en nue-propriété comptent dans les 10 % du capital social permettant de demander la nomination d'un expert de gestion) ; *infra*, n° 523.

2. V. toutefois Civ. 3e, 29 nov. 2006, *Rev. sociétés* 2007, p. 319, B. Dondero ; JCP E 2007, 2033, Y. Paclot ; RTD civ. 2007, p. 153, Th. Revet (interprété comme ne reconnaissant pas la qualité d'associé à l'usufruitier). Dans le même sens, Comité de coordination du RCS, Avis n° 05-27, n° 1-2006, p. 3.

3. J. Cl. Coviaux, *L'achat par une société de ses propres actions in Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 187 ; F.D. Poitrinal, *L'auto-détention du capital ; approche comparative entre les droits français et américain*, Banque 1991, p. 732.

4. Cf. A. Couret, H. Le Nabasque et alii, *Quel avenir pour le capital social ?*, Dalloz 2004.

5. Rapport annuel 1995.

6. *Le rachat par les sociétés de leurs propres actions*, COB janv. 1998. Cf. commentaire A. Couret, *Dr. sociétés* mars 1998, p. 3 ; Banque et Droit n° 3-1997, p. 3. J.-J. Daigre, JCP E 1998, p. 193 ; *Rev. dr. bancaire* n° 65-1998, p. 3.

puisqu'elle contribue à renchérir le coût de l'attaque pour le prédateur (*infra*, n° 651). De son côté, l'actionnaire qui encaisse ainsi des liquidités peut immédiatement les réinvestir en bourse, ce qui permet d'animer le marché. Le succès de ces **OPRA, offres publiques de rachat d'actions**, implique également un régime fiscal non pénalisant.

C'est dans ces conditions que les pouvoirs publics, sensibles aux conclusions du *rapport Esambert*, ont favorisé la réforme, qui s'est concrétisée dans la loi du 2 juillet 1998 portant DDOEF¹. Désormais les conditions dans lesquelles les sociétés peuvent racheter leurs propres actions sont assouplies² et un régime fiscal légèrement plus favorable a été instauré. Les OPRA ont obtenu rapidement un très grand succès³.

Les opérations de rachat d'actions « cotées » effectuées dans le cadre de « programme de rachat » sont désormais dispensées d'un document d'information soumis au visa de l'AMF. Mais le marché doit être informé préalablement par un « descriptif du programme » (art. L. 451-3 C. mon. et art. 241-1 s. Règl. gén. AMF).

280 La possibilité de rachat des actions⁴ ◇ L'article 225-206, II, al. 1^{er} affirme le principe selon lequel l'achat par une société de ses propres actions est désormais autorisé en deçà de 10 % du capital social.

C'est ainsi que la société peut racheter ses actions pour opérer une réduction du capital non motivée par des pertes (*infra*, n° 569). Les actions devront alors être immédiatement annulées (art. L. 225-207). Mais, le plus souvent, le rachat sera opéré en vue d'améliorer la gestion financière des fonds propres de la société.

Toutefois, la règle d'**interdiction de souscription** par la société de ses propres actions demeure (art. L. 225-206, I, al. 1^{er}). En effet, la garantie de la substance même du capital interdit qu'une société puisse se faire à elle-même une promesse d'apport.

Peu importe que la souscription soit faite directement ou par un prête-nom, personne physique ou personne morale agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société. Le prête-nom est celui qui agit sur instruction et dans l'intérêt

1. Cf. commentaires A. Couret, *préc.*, Bull. Joly 1998, p. 724, n° 38 s. ; A. Viandier, *RJDA* 1998, p. 590. La réglementation a de nouveau été modifiée par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 30 janvier 2009 tendant à favoriser la liquidité des titres et à simplifier les règles de publicité. Cf. R. Mortier, *Rev. sociétés* 2009, p. 273.

2. D. de Pariente et D. Bariani, *Les actions auto-détenues*, Bull. Joly 2001, p. 130, n° 37.

3. En 1999, la COB avait accordé 402 visas à des notes d'information relatives à des programmes de rachat d'actions (Rapport 1999, p. 28). En 2002, ce succès ne s'est pas démenti avec 484 visas (Rapport 2002, p. 340). Mais en 2003-2004, du fait d'une conjoncture maussade, le nombre de visas n'avait été que de 359 et 357. En 2005, il n'a été que de 257 (Rapports AMF 2004 et 2006). Depuis la loi du 26 juillet 2005, il n'y a plus de visa à obtenir de l'AMF (art. L. 451-3 C. mon.).

4. R. Mortier, *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Thèses Dalloz 2003 ; S. Torck, *Le rachat par les sociétés cotées de leurs propres actions et le principe d'égalité des actionnaires*, Joly Bourse 2002, p. 509, n° 960.

de la société. À défaut d'une présomption dans le texte légal, cette qualité doit être prouvée.

En cas d'infraction à cette prohibition, les actions doivent être cédées dans le délai d'un an à compter de leur souscription. À l'expiration de ce délai, elles doivent être annulées (art. L. 225-214 ; sur les sanctions pénales, cf. art. L. 242-24 al. 1).

Les différentes hypothèses de rachat envisagées par le législateur sont les suivantes :

1) L'assemblée générale ordinaire d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé peut autoriser le conseil d'administration (ou le directoire) ¹ à acheter un nombre d'actions représentant jusqu'à 10 % du capital de la société ². L'assemblée définit les finalités et les modalités de l'opération ³, ainsi que son plafond (art. R. 225-151). Cette autorisation n'est valable que pour dix-huit mois.

En décembre 2007, le conseil d'administration de *Gaz de France* a décidé de mettre en œuvre un programme de rachat d'actions pour un milliard d'euros. Cette opération a eu pour but, à quelques mois de la fusion avec *Suez*, de réduire l'écart de valorisation entre les deux sociétés, en rehaussant la valeur unitaire des actions restantes de *GDF* (*Les Échos* 24 déc. 2007).

Le comité d'entreprise doit être informé de la résolution adoptée par l'assemblée (art. L. 225-209, al. 1). L'opération a sa spécificité propre. Elle est détachée des règles sur la réduction du capital (art. L. 225-204 et L. 225-205) ⁴. Un rapport spécial doit informer chaque année l'assemblée générale de la réalisation des opérations d'actions qu'elle a autorisées (art. L. 225-209, al. 2).

Il précise en particulier, pour chacune des finalités, le nombre et le prix des actions ainsi acquises, le volume des actions utilisées pour ces finalités, ainsi que les éventuelles réallocations à d'autres finalités dont elles ont fait l'objet (id.).

La cession ou le transfert de ces actions peuvent être effectués par tous moyens. Ces actions peuvent être également annulées dans la limite de 10 % du capital de la société par périodes de vingt-quatre mois. La société doit informer le marché, au plus tard le septième jour de bourse suivant la date d'exécution de l'opération ⁵ et chaque mois l'AMF des achats, cessions, transferts et annulations ainsi réalisés ⁶. L'AMF doit

1. Le conseil peut déléguer au directeur général ou, en accord avec dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués, les pouvoirs pour réaliser cette opération. Cette délégation est également possible au sein du directoire (cf. art. L. 225-209 al. 2).

2. Les programmes de rachat d'actions sont encadrés par le règlement européen du 22 déc. 2003, l'art. L. 451-3 C. mon. et les art. 241-1 ss. Règl. gén. AMF.

3. Le texte ne fixe aucune contrainte quant aux finalités assignées à l'opération, qui peut donc fort bien être entreprise, suivant le sénateur Marini, « en vue de la gestion financière ». V. page suivante, le programme de rachat de la société *JCDecaux*. V. cependant sur les possibilités de rachat offertes en vue de favoriser la liquidité des titres de la société pour les actions cotées sur *Alternext*, art. L. 225-209-1 nouv.

4. Cf. A. Viandier, préc. *RJDA* 1998, p. 592, n° 8 s.

5. Instruction AMF 2005-06 du 22 févr. 2005, *BRDA* n° 6 - 2005, p. 5.

6. Règl. Général AMF, art. 241-5 ; Communiqué AMF 23 janv. 2004, *BRDA* n° 3-2004, p. 5.

JCDecaux

les vitrines du monde

JCDECAUX SA
Société Anonyme à Directeur et Conseil de Surveillance
Capital de 3 378 284,27 € - 92200 NEUILLY SUR SEINE
Siège social : 17, rue Soyier - 92200 NEUILLY SUR SEINE
307 570 747 RCS Nanterre
Code EUROCLER : 7751

NOTE D'INFORMATION EMISE A L'OCCASION DE LA MISE EN ŒUVRE D'UN PROGRAMME DE RACHAT D'ACTIONS PROPRES QUI SERA SOU MIS A L'ASSEMBLEE GENERALE MIXTE DU 14 MAI 2003

L'intégralité de la note d'information est disponible sur simple demande adressée à la société JCDecaux SA - Direction Juridique - 17, rue Soyier - 92200 Neuilly-sur-Seine, ou sur notre site Internet: www.jcdecaux.com



En application de l'article L621-8 du Code Monétaire et Financier, la Commission des Opérations de Bourse a approuvé le visa numéro 03-311 en date du 24 avril 2003 sur la présente note d'information, conformément aux dispositions de son règlement 99-02 modifié par le règlement 2000-06. Ce document a été établi par l'émetteur et engage la responsabilité de ses signataires. Le visa n'implique pas approbation ou programme de rachat d'actions ni authentification des éléments comptables et financiers présentés.

> SYNTHESE DES PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DE L'OPERATION

- Titres concernés : Actions de capital de la Société
- Pourcentage de rachat maximal autorisé par l'Assemblée Générale : 10 % du capital incluant les titres achetés en 2002 dans le cadre de l'autorisation reçue de l'Assemblée du 23 mai 2002, soit à titre indicatif 21 960 076 actions.
- Prix d'achat unitaire maximal autorisé : 15 euros
- Prix minimal de vente autorisé : 8,25 euros
- Objectifs de ce programme : Acheter et vendre des actions de la Société, en fonction de la situation du marché, en vue, notamment et par ordre de priorité décroissant :
 - Régulariser le cours de l'action par intervention systématique en contre-tendance sur le marché ;
 - Mettre en œuvre tout plan d'options d'achat d'actions aux mandataires sociaux et aux salariés de la Société et/ou de son groupe, conformément aux dispositions des articles L.225-177 et suivants du Code de Commerce ;
 - Mettre en œuvre tout plan d'achat d'actions aux salariés dans le cadre de la participation aux fruits de l'expansion de l'entreprise ou par le biais de plan d'épargne conformément aux dispositions de l'article 445-1 et suivants du Code du Travail ;
 - Remettre des actions (à titre d'échange, de paiement ou autre) dans le cadre d'opérations de croissance externe, conformément à la réglementation boursière ;
 - Remettre des actions lors de l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant droit par remboursement, conversion, échange, présentation d'un bon ou de toute autre manière à l'attribution d'actions de la Société, dans les limites de la réglementation boursière ;
 - Mettre en œuvre, dans le cadre de la réglementation boursière, une politique de gestion des titres détenus comprenant, notamment, la conservation, la cession ou le transfert desdites actions, conformément à l'autorisation donnée par l'assemblée générale extraordinaire du 23 mai 2002 ;
 - Le cas échéant, annuler tout ou partie de ses actions, dans le cadre de l'autorisation donnée par l'assemblée générale extraordinaire du 23 mai 2002.
- Durée du programme : 18 mois à compter de l'Assemblée Générale du 14 mai 2003.

Le Président du Directoire

Programme de rachat d'actions de JCDecaux SA (mai 2003)

elle-même porter cette information à la connaissance du public (art. L. 225-209, al. 2).

Le nombre d'actions acquises par la société en vue de leur conservation et de leur remise ultérieure en paiement ou en échange dans le cadre d'une opération de fusion, de scission ou d'apport ne peut excéder 5 % de son capital (art. L. 225-209 al. 5).

Les sociétés qui font participer leurs salariés aux fruits de l'expansion par l'attribution de leurs propres actions ainsi que celles qui entendent consentir des options d'achat d'actions à des salariés peuvent utiliser à cette fin tout ou parties des actions ainsi acquises. Elles peuvent également leur proposer d'acquérir leurs propres actions dans les conditions prévues par les articles L. 2324-1 s. C. trav. (art. L. 225-209, al. 4).

En cas d'annulation des actions achetées, la réduction du capital est autorisée ou décidée par l'assemblée extraordinaire qui peut déléguer au conseil d'administration (ou au directoire), tous pouvoirs pour la réaliser. Un rapport spécial établi par le commissaire aux comptes sur l'opération envisagée doit être communiqué aux actionnaires (art. L. 225-209, al. 5).

2) L'assemblée générale d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations¹ dans les conditions prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, figurant sur une liste arrêtée par l'autorité dans des conditions fixées par son règlement général, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à acheter un nombre d'actions représentant jusqu'à 10 % du capital de la société aux fins de **favoriser la liquidité des titres de la société**. L'assemblée générale définit les modalités de l'opération ainsi que son plafond. Cette autorisation ne peut être donnée pour une durée supérieure à dix-huit mois. Le comité d'entreprise est informé de la résolution adoptée par l'assemblée générale (cf. art. L. 225-209-1 nouv.).

3) Les sociétés qui font *participer leurs salariés à leurs résultats* par attribution de leurs actions et celles qui consentent des options d'achat de leurs actions (art. L. 225-177 s.). Les actions doivent alors être attribuées et les options consenties dans le délai d'un an à compter de l'acquisition (art. L. 225-208).

4) Il peut s'agir également des actions entièrement libérées, acquises à la suite d'une *transmission de patrimoine à titre universel* (fusion, scission)² ou encore à la suite d'une *décision de justice* (société déclarée adjudicataire sur saisie des actions possédées par un de ses débiteurs) (art. L. 225-213, al. 1). Ces actions peuvent être conservées indéfiniment par la société si elle ne

1. Sont ainsi visées par ces dispositions introduites par la LME les sociétés dont les titres sont cotés sur *Alternext*. Cf. B. Zabala, *JCP E* 2008, 2168. V. égal. ord. 30 janv. 2009 facilitant la pratique des contrats de liquidité et simplifiant les déclarations en matière de rachat d'actions, *JCP E* 2009, Act. 62 (cf. art. L. 225-209 et 209-1 nouv.).

2. Sur l'application en cas d'apport partiel d'actif, cf. T. com. Paris (ord. réf.) 21 juin 1988 (aff. *Cie du Midi*), *Bull. Joly* 1989, p. 893, n° 313, M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1989, 647, M. Jeantin ; *JCP E* 1988, II, 15292, A. Viandier et J.-J. Caussain, n°s 15, 16.

possède pas déjà plus de 10 % de son capital. Dans le cas contraire, elles doivent être cédées dans un délai de deux ans à compter de la date de leur acquisition ; à l'expiration de ce délai elles doivent être annulées (art. L. 225-213, al. 2).

5) En cas de *refus d'agrément* le conseil d'administration (ou le directoire) peut faire acquérir les actions du cédant, avec son consentement, par la société en vue d'une réduction du capital (art. L. 228-24 al. 2 C ; *infra*, n° 324).

L'article L. 225-210 précise que la société ne peut pas posséder plus de 10 % du total de ses propres actions ni, s'il existe plusieurs catégories d'actions, plus de 10 % des actions de chaque catégorie (al. 1^{er}). L'acquisition d'actions de la société ne doit pas avoir pour effet d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital augmenté des réserves non distribuables (al. 2). La société doit également disposer de réserves, autres que la réserve légale, d'un montant au moins égal à la valeur de l'ensemble des actions qu'elle possède (al. 3) et ces réserves sont indisponibles pendant toute la durée de la détention par la société de ses propres actions.

En outre les droits rattachés aux actions détenues par la société sont également limités. Les actions doivent être mises sous forme nominative dès leur acquisition et être entièrement libérées, à l'exception des actions rachetées pour favoriser la liquidité des titres de la société (art. L. 225-210, al. 1 nouv.). La société ne peut pas voter avec ses propres actions qui ne donnent pas non plus droit aux dividendes (art. L. 225-111 ; L. 225-210, al. 4 ; *infra*, n° 311). Et en cas d'augmentation de capital par souscription d'actions en numéraire, la société ne peut exercer elle-même le droit préférentiel de souscription (al. 5).

280-1 Régime fiscal du rachat d'actions ◇ La fiscalité directe du rachat d'actions suivi d'une réduction de capital est relativement légère pour l'actionnaire, le produit issu du rachat bénéficiant du régime de faveur applicable aux revenus régulièrement distribué.¹ L'actionnaire est susceptible, en outre, de réaliser une plus-value (ou moins-value)².

Pour sa part, l'opération de rachat d'actions non suivi d'une réduction du capital est plus simple encore et souvent moins onéreuse, le produit étant taxé au titre des plus-values de valeurs mobilières.

1. Instr. 14 déc. 2001, BOI 4 J-2-01, spéc. n° 6. CE 28 févr. 2007, *Persicot*, RJF 5/07, n° 564 ; 24 juin 2009, *Leroy*, Dr. fisc. 2009, n° 29, comm. 420 (la circonstance que le rachat ait été la conséquence d'un refus d'agrément est indifférente) (*infra* n° 301). Cf. J.-C. Parot, *La fiscalité du rachat par une société de ses propres actions (situation de l'actionnaire)*, Dr. fisc. 2001, n° 21, p. 814 (première partie), n°s 22-23, p. 865 (deuxième partie) ; C. Acard, *Régime fiscal des rachats par une société de ses propres actions*, JCP E 2001, p. 1178 ; P. Gastineau, *Une nouvelle modification du régime fiscal des rachats d'actions*, Dr. sociétés, Actes prat. juill./août 2002, p. 34 ; *Rachat par une société de ses propres titres*, dossier PME, BF Lefebvre 5/06, p. 500.

2. L'art. 150-O D, 8 ter, étend aux personnes physiques le régime des plus-values de cession de valeurs mobilières applicable aux personnes morales (art. 39 duodécies ; *infra* n° 315-1), dans la mesure où le gain net est égal à la différence entre le montant du remboursement (prix de rachat) des titres et leur valeur ou prix d'acquisition, diminué du montant du revenu distribué.

Le tableau suivant opère une tentative de synthèse des différentes hypothèses ¹.

Régime fiscal du rachat d'actions

	Rachat avec annulation	Rachat sans annulation ^(a)
Personne physique	• Assiette imposable : excédent du prix de rachat sur le prix d'acquisition ^(b) • Régime : distributions régulières et/ou plus-value ^(c)	• Rachat dans le cadre de l'article L 225-209 C. com. ^(d) — Assiette imposable : <i>Idem</i> — Régime : plus-values ^(e)
Personne morale	• Assiette imposable : <i>Idem</i> ^(f) • Régime : — principe : distributions régulières — société mère ^(g) : produit net de participation exonéré ^(h)	• Rachat en vue d'une attribution aux salariés ⁽ⁱ⁾ — Assiette imposable : <i>Idem</i> — Régime : plus-values ^(j)

(a) Le régime est ici identique, que l'actionnaire soit une personne physique ou une personne morale.

(b) Art. 112-1° et 161, al. 2, CGI.

(c) Le montant des distributions bénéficiant du régime fiscal de faveur applicable aux revenus régulièrement distribués est égal à la différence entre le montant du remboursement des titres annulés et les montants des apports ou du prix d'acquisition s'il est supérieur (*infra* n° 301).

Le montant de la plus-value (ou de la moins-value) est égal à la différence à l'excédent du montant des apports sur le prix d'acquisition.

(d) Sont visés ici les rachats d'actions négociées sur un marché réglementé effectués dans le cadre d'un programme, dans la limite de 10 % du capital social.

(e) Art. 112-6° CGI. Les actionnaires personnes physiques bénéficient du régime des plus-values des particuliers et les actionnaires personnes morales du régime des plus-values professionnelles.

(f) CE 18 mars 1992, *Péchiney*, R/JF 5/92, n° 636 ; R/JF 5/92, n° 636 ; *Dr. fisc.* 1993, n° 12, comm. 599.

(g) Au sens de l'art. 145 CGI (*infra* n° 666-1).

(h) Dans les conditions de l'art. 216 CGI (*infra* n° 666-1) ; CE 18 mars 1992, *Péchiney*, préc.

(i) Il s'agit des rachats effectués dans le cadre de l'article L 225-208 C. com. par les sociétés qui font participer leurs salariés à leurs résultats par attribution d'actions ou qui leur consentent des options d'achat.

(j) Art. 112-6° CGI. S'agissant de salariés, c'est le régime des plus-values des particuliers qui s'applique.

Par ailleurs, en ce qui concerne les droits d'enregistrement, deux modalités sont possibles :

Soit un seul acte est rédigé, constatant à la fois le rachat des titres et la réduction du capital qui s'en suit, auquel cas seul est dû le droit fixe de 375 € ou 500 € pour les sociétés ayant un capital d'au moins 225 000 € (art. 814 C CGI) ².

1. Seule sera présentée l'hypothèse, de loin la plus répandue, dans laquelle la réduction de capital se traduit par une distribution en espèces.

2. Pendant très longtemps, l'administration fiscale et la jurisprudence retenaient qu'était dû le droit de partage de 1,10 % (art. 746 CGI). Une jurisprudence récente vient d'affirmer que seul était

Soit deux actes sont rédigés : l'un constatant le rachat des titres (les droits dus s'élèvent alors à 3 %, sur la fraction supérieure à 23 000 € s'il s'agit de parts sociales, avec un plafonnement à 5 000 € s'il s'agit d'actions ; *supra* n° 4), l'autre constatant la réduction de capital entraînant l'exigibilité du seul droit fixe de 375 € ou 500 €. Le coût fiscal de cette dernière solution s'avère désormais défavorable.

281 Les interdictions faites à la société ◇ La loi du 2 juillet 1998 a maintenu certaines interdictions antérieures afin d'éviter que soit portée atteinte à l'intérêt social :

1) Une société ne peut pas *avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté* en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers (art. L. 225-216, al. 1). Cette disposition anéantit un bon moyen de défense anti-OPA-OPE (*infra*, n° 651).

L'article L. 225-216 est un texte très redouté des praticiens confrontés à des montages quelquefois acrobatiques (sur les sanctions pénales, *cf.* art. L. 242-24, al. 3). La Chambre commerciale semble cependant adopter une interprétation stricte du texte ¹.

dû le droit fixe de 125 € (art. 680 CGI visant « actes innomés ») : Com. 23 sept. 2008, *Dray*, *RJF* 12/08, n° 1396 (*infra*, n° 571-1). Tirant les conséquences de cette jurisprudence, le législateur vient d'adopter cet art. 814 C CGI. Il est fait exception au droit fixe en cas d'application de la théorie de la mutation conditionnelle (*supra* n° 34-1)

1. Com. 15 nov. 1994, *JCP E* 1995, II, Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1995, p. 66, M. Jeantin ; *Bull. CNCC* n° 97-1995, p. 87, Ph. Merle ; Com. 19 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 379, n° 95, A. Constantin ; *Dr. sociétés* 2001, n° 65, F.X. Lucas (l'interdiction ne s'applique pas au nantissement des actions consenties par l'acquéreur) ; T. corr. Paris 5 juill. 1993, *Bull. CNCC* n° 94-1994, p. 265, Ph. Merle. Sur les fusions rapides, *cf.* A. Viandier, *L'article 217-9 de la loi du 24 juill. 1966 et les rachats d'entreprise*, *JCP* 1990, I, 3476 ; H. Le Nabasque, *À propos de l'article 217-9 de la loi du 24 juill. 1966*, *JCP E* 1992, I, 107 ; Y. Charvet, *Sûretés consenties par une société pour l'acquisition de ses propres acquisitions ou parts*, *Banque et Droit* 1990, p. 174 ; J.-P. Bertrel, *La fusion-rapide*, *Dr. et patr.* juin 1994, p. 24 ; J.-J. Uettwiller, *Les risques liés aux LBO (la fusion de la cible et du holding)*, *Rev. sociétés* 1996, p. 747 ; A. Sorensen, *La fusion rapide en question*, *Bull. Joly* 2002, p. 325, n° 71.V. toutefois *Crim.* 10 juill. 1995, *JCP E* 1995, II, 780, J. Paillusseau ; *Bull. Joly* 1995, p. 1048, n° 376, A. Couret et P. Le Cannu ; *RJDA* 1996, p. 432, H. Le Nabasque ; *Bull. CNCC* n° 101-1996, p. 103, Ph. Merle. V. égal. *Crim.* 24 juin 1991, *JCP E* 1992, I, 172, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain (financement de l'acquisition d'une société par l'utilisation de sa trésorerie, abus de biens sociaux) ; A. Couret et G.A. de Sentenac, *Les limites d'une tentation : le financement par l'entreprise de son propre rachat*, *Petites Affiches* 15 nov. 1995 ; S. Robineau, *Bull. Joly* 1998, p. 1243.

Sur les risques fiscaux engendrés par une « fusion-rapide » (sur le régime fiscal des fusions, *infra* n° 679-1) : les juges du fond y sont favorables (TA Lyon 15 nov. 1989, *RJF* 8-9/90, p. 623, *Dr. fisc.* 1990, n° 19, comm. 947 ; CAA Lyon 26 mai 1992, *Sté Régie Immobilière de Villeurbanne*, *Dr. fisc.* 1993, n° 8, comm. 296 ; TA Paris 15 mars 2006, *SA Défi France*, *Dr. fisc.* 2007, n° 12, comm. 319) et l'administration fiscale, bien qu'ayant réaffirmé sa volonté de remettre éventuellement en cause l'opération (Instr. 3 août 2000, BOI 4 I-2-00, spéc. n° 9), est depuis lors revenue à plus de souplesse (Décision de rescrit 23-10-2007, *FR Lefebvre*, 56-07, n° 1, p. 3 : LBO secondaire entre sociétés formant un groupe « intégré »). J. Paillusseau, *Les « fusions rapides » : risques pénaux et fiscaux*, *Les Échos* 2 oct. 2000, p. 67 ; O. Renault, *Les fusions rapides sont-elles condamnables au regard de la doctrine administrative la plus récente ?*, *JCP E* 2001, n° 37, p. 1420 ; A. Sorensen, *La fusion rapide en question*, *Bull. Joly* 2002, p. 325, n° 71 ; L. de Maintenant, *Faut-il s'inquiéter des menaces*

Toutefois, cette prohibition ne s'applique pas aux opérations courantes des établissements de crédit (banques, établissements financiers), ni aux opérations effectuées en vue de l'acquisition par les salariés d'actions de la société ou de l'une de ses filiales (art. L. 225-216, al. 2).

2) Est également interdite la *prise en nantissement par la société de ses propres actions*, directement ou par l'intermédiaire d'une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société (art. L. 225-215, al. 1) ¹. Cependant cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes des établissements de crédit (al. 3).

Les actions prises en nantissement par la société doivent être restituées à leur propriétaire dans le délai d'un an, ou de deux ans si le transfert du nantissement à la société résulte d'une transmission de patrimoine à titre universel (fusion) ou d'une décision de justice. À défaut, le contrat de nantissement est nul de plein droit (art. L. 225-215, al. 2).

3) Toutes ces interdictions s'appliquent également aux *certificats d'investissement* (art. L. 225-217 ; *infra*, n° 289).

En cas d'infraction à ces différentes prohibitions, les dirigeants des sociétés concernées sont frappés d'une peine d'amende allant jusqu'à 9 000 € (art. L. 242-24, al. 1 à 3).

SOUS-SECTION 2. Les différents types d'actions

Les actions peuvent être distinguées ² suivant leur forme (actions nominatives ou au porteur), la nature de l'apport qu'elles représentent (actions de numéraire et d'apport), l'étendue des droits qu'elles confèrent (actions de capital et de jouissance ; actions ordinaires et de préférence). Une action peut appartenir à plusieurs de ces types (par exemple action de numéraire, nominative, de préférence).

282 Actions nominatives et actions au porteur ◇ Avant la *dématérialisation* des valeurs mobilières (art. 94-III L. 30 déc. 1981 ; *supra*, n° 271) la distinction entre ces deux catégories d'actions était nette : les droits du titulaire d'actions nominatives résultaient d'une inscription sur les registres de la société émettrice ; leur cession ne pouvait s'effectuer que par un transfert sur ces registres après établissement d'un bordereau. En revanche, les droits du titulaire d'actions au porteur étaient représentés par un docu-

qui pèsent sur les fusions rapides ?, *BF Lefebvre* 12/02, p. 825 ; Ph. Donneaud, *LBO : faut-il renoncer à fusionner la holding de reprise et la cible ?*, *Option finance* 12 janv. 2004, n° 767, p. 20 ; D. Poracchia, *La fusion rapide dans les LBO, Dr. et patr.*, oct. 2006, n° 152, p. 39.

1. Rappr. Grenoble 23 août 1989, *RTD com.* 1989, p. 681, n° 5, Y. Reinhard (application à une mesure de séquestre).

2. M. Jeantin, *Observations sur la notion de catégorie d'actions*, *D.* 1995, chron. 88.

ment matériel, « titre-papier », dans lequel s'incorporaient les droits de l'actionnaire. Le titre au porteur était accessible très facilement par simple tradition manuelle, mais la société ignorait, avec ce type d'actions, ses actionnaires.

Depuis la dématérialisation, les valeurs mobilières qu'elles soient nominatives ou au porteur, ne peuvent être représentées que par une inscription dans un compte ouvert au nom de leur propriétaire et tenu soit par la société émettrice, soit par un intermédiaire financier. La fin du « titre-papier », en supprimant les manipulations, facilite les opérations qui se traduisent par un simple jeu d'écritures, très rapide grâce aux moyens informatiques. Le titre au porteur n'ayant plus de support matériel, il vaudrait mieux parler de titre anonyme. Toutefois le législateur a maintenu l'appellation traditionnelle (cf. art. L. 228-1, al. 3).

283 Actions nominatives ◇ Le titre nominatif est celui qui résulte de l'inscription à un compte tenu par la société émettrice. La société connaît ainsi l'identité de ses actionnaires, ce qui facilite ses relations avec eux (information, convocation aux assemblées, paiement des dividendes) et lui permet de les fidéliser. Grâce à cette nominativité, la société peut également suivre facilement les modifications intervenant dans la répartition du capital social. Quant aux actionnaires, ils peuvent bénéficier d'un droit de vote double (*infra*, n° 309) et d'un dividende majoré (*infra*, n° 295-1) ¹. De son côté, l'administration fiscale connaît ainsi également fort bien ses contribuables, en particulier pour la mise en œuvre des droits de succession, et le contrôle de l'impôt annuel de solidarité sur la fortune (ISF) ².

284 Domaine d'application ◇ Doivent obligatoirement revêtir la forme nominative les actions qui ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé (art. L. 212-3 C. mon.), qui sont de loin les plus nombreuses ³.

Cependant, afin de favoriser la venue d'émetteurs internationaux sur le marché non réglementé, les sociétés non cotées ont depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 la possibilité d'émettre des titres au porteur (art. L. 211-4, al. 3 C. mon.). La décision de l'émetteur doit être prévue dans ses statuts pour les titres de capital et dans le contrat d'émission pour les titres de créances.

Dans les sociétés dont les actions sont négociées sur un marché réglementé, l'actionnaire a en principe le choix entre la forme nominative et au porteur.

1. Cf. Bull. COB n° 310, févr. 1997, p. 1.

2. Sur l'identification des actions nominatives des non résidents, cf., depuis la loi NRE, l'article L. 228-3 et *infra*, n° 286.

3. Au 31 déc. 2008, seules 746 sociétés sont cotées sur *Eurolist* (Rapport annuel AMF, 2008).

Cependant, d'une part, les statuts peuvent imposer la forme nominative pour tout ou partie du capital (art. L. 228-1, al. 3) ¹. Cette nominativité alourdit les opérations de négociation en bourse. Mais elle permet à la société d'attribuer un droit de vote double à ses actionnaires fidèles (*infra*, n° 309) ce qui peut être un bon moyen de défense anti-OPA (*infra*, n° 651).

D'autre part, la loi impose quelquefois la forme nominative ou le dépôt à un compte bloqué. Tel est le cas des actions détenues par *les personnes qui bénéficient d'informations privilégiées* sur le fonctionnement d'une société, dont les actions sont négociées sur un marché réglementé ². L'AMF peut ainsi surveiller les transactions effectuées par les « initiés » et en contrôler la régularité ³.

À peine de sanctions pénales (art. L. 247-4, al. 1), l'obligation vise les dirigeants sociaux eux-mêmes, leurs enfants mineurs non émancipés et leur conjoint non séparé de corps (*cf.* art. L. 225-109). Les actions concernées sont celles de la société dans laquelle l'intéressé exerce ses fonctions, ainsi que celles émises par les sociétés du groupe (*id.*) ⁴.

La même mesure vise les actions non entièrement libérées (art. L. 228-9 ; *supra*, n° 260), les actions dont la cession comporte une clause d'agrément (*infra*, n° 321), les actions des mineurs (art. 452 C. civ.), les actions achetées, souscrites ou distribuées pour associer les salariés à l'entreprise (*infra*, n° 534 s.).

285 Régime juridique ◇ Comme toutes les valeurs mobilières, les actions doivent être inscrites en compte, mais en raison de la nominativité des titres, leur inscription doit être prise sur un compte tenu par la société émettrice (art. 1, al. 2 D. 2 mai 1983) ou chez un mandataire désigné par l'émetteur (art. 3 D.).

Le titulaire des titres nominatifs peut assurer lui-même la gestion de ses titres et exercer directement ses droits. Ce régime, qui a l'avantage d'être gratuit, est celui des **titres nominatifs purs**.

Mais l'actionnaire, pour introduire une certaine unité dans la gestion de son portefeuille, peut charger un intermédiaire habilité qu'il choisit librement (prestataires de services d'investissement, banque, société financière) de gérer son compte ouvert chez l'émetteur (régime des **titres nominatifs administrés** ; art. 4 D.). Les

1. Malgré toute convention contraire, tout propriétaire dont les titres font partie d'une émission comprenant à la fois des titres au porteur et des titres nominatifs a la faculté de convertir ses titres dans l'autre forme. Cependant, la conversion des titres nominatifs n'est pas possible s'agissant des sociétés pour lesquelles la loi ou les statuts imposent la forme nominative pour tout ou partie du capital (art. L. 228-1 al. 4 et 5).

2. V. de façon plus générale le *Vade-mecum des obligations des dirigeants des sociétés cotées*, Doc. COBaoût 2002 ; JCP E 2002, p. 1997, n° 1800. *Adde*, art. L. 621-18-2 nouv. C. mon. fin. introduit par la loi de sécurité financière.

3. Doivent également être sous forme nominative les actions des sociétés de presse, de communication audiovisuelle et d'assurance.

4. *Cf.* Recommandation COB n° 2002-01, Bull. COB févr. 2002, p. 17 ; RTD com. 2002, p. 339, N. Rontchevsky (déclaration systématique des transactions réalisées). Rapp. G. Eliet, *La gestion sous mandat peut-elle réduire le risque de délit d'initié des dirigeants de sociétés cotées ?* D. 2002, p. 466.

ordres concernant ces titres sont alors obligatoirement adressés à l'intermédiaire financier et c'est lui qui est chargé d'encaisser les dividendes.

La **transmission de l'action**¹ se fait par virement de compte à compte (art. L. 211-15 nouv. C. mon.)². Elle s'opère à la suite d'un ordre de mouvement signé par le cédant³. Au vu de cet ordre de mouvement, la société émettrice constate l'opération intervenue et procède au virement des actions du compte du cédant à celui du cessionnaire⁴. Le transfert de propriété résulte de l'inscription des titres au compte-titres de l'acquéreur, qu'ils soient cotés ou non (art. L. 211-17 nouv. C. mon.)⁵.

Le **nantissement d'actions** (dénommé « gage » avant l'ordonnance du 23 mars 2006, art. 55) a été profondément réaménagé, d'abord pour tenir compte de la dématérialisation (art. 29 L. 3 janv. 1983)⁶, ensuite, dans le cadre de la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières (art. 102-I, réécrivant l'article 29)⁷. Concernant la **constitution du nantissement**, désormais celui-ci ne porte plus sur des titres, mais sur un compte d'instruments financiers⁸. La constitution est réalisée, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice

1. La cession d'actions est évidemment l'opération la plus fréquente. Cf. R. Libchaber, *Pour un renouvellement de l'analyse des droits sociaux*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 717. La **vente à réméré** est un contrat de vente régi par les articles 1659 à 1673 C. civ., par lequel le vendeur se réserve le droit de reprendre le bien vendu moyennant restitution à l'acheteur du prix et remboursement des frais. Le rachat est facultatif alors qu'en matière de **pension de titres**, l'obligation de rachat du vendeur est ferme (cf. art. 12 L. 31 déc. 1993). Cf. A. Perrot, *La vente à réméré de valeurs mobilières*, *RTD com.* 1993, p. 1 ; J.-L. Médus, *Réméré sur droits sociaux et restructuration d'entreprises*, *Bull. Joly* 1996, p. 459, n° 162.

2. Pour les titres admis en SICOVAM (devenue *Euroclear France*), cf. règlement général de la SICOVAM approuvé par arrêté du 23 mai 1984 ; JO 19 juin 1984, p. 5281 ; D. 1984 L. 371 ; pour les titres négociés en bourse, cf. art. 5 D. 2 mai 1983.

3. Sur cette réforme, v. les critiques de Th. Bonneau, *Dr. sociétés* 2005, n° 142.

4. D. Airault, M.A. Frison-Roche, J. Revuz, *L'efficacité des cessions d'actions nominatives à l'égard de la société émettrice*, *Rev. dr. bancaire* 36-1993, p. 64. Sur l'intervention du juge des référés même en cas de contestation sérieuse, *Civ. 3^e*, 16 sept. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 128, n° 28, Th. Massart. En l'absence de registre des mouvements, c'est le droit commun de la preuve qui s'applique, s'agissant de la propriété des titres, *Com.* 5 mai 2009, *D.* 2009, p. 1415.

5. Cependant, lorsque le système de règlement et de livraison assure la livraison des titres financiers en prévoyant un dénouement irrévocable en continu, le transfert n'intervient au profit de l'acquéreur que lorsque celui-ci a réglé le prix. Tant que l'acquéreur n'a pas réglé le prix, l'intermédiaire qui a reçu les titres financiers en est le propriétaire. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise les modalités particulières de transfert de propriété applicables (al. 3). Cf. sur le transfert de titres nominatifs, note M. Dubertret sous *Com.* 12 févr. 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 851.

6. D. Fasquelle, *Le nantissement des valeurs mobilières*, *RTD com.* 1995, p. 1 ; P. Le Cannu, *Le nantissement conventionnel des actions*, *Bull. Joly* 1993, p. 1091, n° 322 ; V. Magnier, *Le nantissement d'actions indisponibles*, *RTD com.* 2002, p. 433 ; F. Auckenthaler, *JCP E* 2005, 1728.

7. Cf. D. Legeais, *Gage de comptes d'instruments financiers*, *Rev. dr. bancaire* n° 64-1997, p. 225. Adde, M. Billiau, *JCP E* 1996, I, 596.

8. H. Le Nabasque, J.-M. Gaillard, M. Baffreau, *L'assiette du nantissement de compte d'instrument financier*, *Rev. dr. bancaire* n° 67-1998, p. 81. Le nantissement peut porter sur des valeurs frappées d'indisponibilité temporaire, comme des stock-options, *Com.* 30 sept. 2008, *JCP E* 2008, 2353, S. Piedelièvre ; *Rev. sociétés* 2009, p. 131, A. Reygrobellet ; D. 2008, p. 2596, X. Delpech.

et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte ¹. Les instruments financiers figurant dans le compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie sont compris dans l'assiette du nantissement. Le créancier nanti peut obtenir, sur simple demande au teneur de compte, une attestation de nantissement (art. 29, al. 1).

Le compte nanti prend la forme d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par un intermédiaire habilité, un dépositaire central ou la personne morale émettrice. Il peut être remplacé par un procédé informatique (art. 29, al. 2 et 3).

Le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur les instruments financiers pendant toute la durée du gage. Il peut définir avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers nantis (par ex. autorisation de céder certaines actions pour leur en substituer d'autres, art. 29, al. 4).

Quant à la **réalisation du nantissement**, la procédure est différente selon que le titre est coté ou non. Pour les valeurs mobilières, françaises ou étrangères, négociées sur un marché réglementé, les parts ou actions d'organismes de placement collectif, ainsi que pour les sommes en toute monnaie, le créancier gagiste, titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible, peut réaliser le gage huit jours après mise en demeure du débiteur ². Cette réalisation simplifiée joue, que le nantissement soit civil ou commercial (art. 29, al. 5). Pour les valeurs mobilières non cotées, la réalisation du nantissement intervient conformément aux dispositions de l'article L. 521-3 du Code de commerce, c'est-à-dire en vente publique, huit jours après signification faite au débiteur (art. 29, al. 6) ³.

285-1 Location ou crédit-bail d'actions ◇ La loi du 2 août 2005 en faveur des PME permet que les actions des sociétés qui ne font pas appel public à l'épargne (et les parts de SARL) fassent l'objet d'un contrat de **location** ou de **crédit-bail** (art. L. 239-1 à L. 239-5 ; R. 239-1 ; L. 313-7 C. mon.) ⁴.

Ces contrats tendent à faciliter la reprise et la transmission des petites entreprises à des personnes physiques disposant de moyens financiers limités. Le locataire pendant la durée du contrat va pouvoir ainsi vérifier son

1. Cette déclaration doit comporter les énonciations fixées par le décret du 21 mai 1997 (art. 1^{er}). Sur ce décret, cf. M. Billiau, *JCP E* 1997, I, 677 ; J.-J. Daigre, *Dr. sociétés* juill.-août 1997, p. 4. Sous l'empire du texte ancien, il avait été jugé que ces formalités ne constituaient pas des conditions de validité du contrat, Com. 7 mars 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 674, n° 233, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1995, p. 743, M. Jeantin ; *JCP E* 1995, II, 695, H. Hovasse.

2. Com. 18 nov. 2008, *BRDA* n° 24-2008, p. 3 (conséquences d'un défaut de mise en demeure).

3. Cf. égal. Y. Sexer, *Gage sur titres de comptes d'instruments financiers et procédures collectives du débiteur*, *Bull. Joly* 1997, p. 285, n° 117. Le créancier gagiste n'est pas tenu de demander la réalisation de son gage à l'échéance, Com. 10 oct. 2000, *RJDA* 2001, p. 36, n° 37.

4. V. les commentaires de Th. Jacomet, *Bull. Joly* 2005, p. 1167, n° 261 ; C. Malecki, *D.* 2005, p. 2382 ; B. Pichard, *Dr. sociétés*, janv. 2006, p. 17 ; P. Le Cannu, *RTD com.* 2005, p. 770. Adde, bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2007, p. 458. *Fiscalement*, lorsqu'une personne physique donne en location des titres dans ces conditions, les loyers sont imposables dans la catégorie des BIC. La mise en location entraîne le transfert des titres du patrimoine privé vers le patrimoine professionnel du bailleur, le régime des « biens migrants » s'applique à la plus-value éventuelle qui résulterait de la cession ultérieure des titres (art. 151 sexies II CGI). Quant au locataire, s'agissant de l'imposition des dividendes éventuels (*infra*, n° 301), il est traité comme un associé (art. 168, 3-3°-c CGI).

intérêt pour la société cible. À l'issue de la location, les actions louées seront soit restituées à leur propriétaire, en ayant peut-être perdu de leur valeur, soit achetées par le locataire.

La mise en location doit être prévue par les statuts. Consentie par écrit (*cf.* pour les mentions prévues à peine de nullité, art. R. 239-1), elle ne peut l'être qu'au profit d'une personne physique, qui devra verser un loyer. La location peut être assortie d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu, fixe ou variable, qui doit tenir compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyer (art. L. 313-7, 4 C. mon.)¹. Les titres doivent faire l'objet d'une évaluation certifiée par un commissaire aux comptes (*cf.* art. L. 239-2, al. 4). Les dispositions légales ou statutaires prévoyant l'agrément du cessionnaire d'actions sont applicables dans les mêmes conditions au locataire (art. L. 239-3). Les actions louées ne peuvent pas faire l'objet d'une sous-location ou d'un prêt², sous peine de nullité (art. L. 239-1, al. 4).

L'obligation de délivrer les droits sociaux pèse sur la société. À compter de la date de délivrance, la société doit adresser au locataire les informations dues aux actionnaires et prévoir sa participation et son vote aux assemblées (*cf.* art. L. 239-2, al. 3). Le droit de vote attaché aux actions appartient aux bailleurs dans les AGE et au locataire dans les AGO. Pour l'exercice des autres droits attachés aux actions louées, le bailleur est considéré comme le nu-propriétaire et le locataire comme l'usufruitier (art. L. 239-3, al. 2).

286 Actions au porteur³ ◇ Les actions qui peuvent rester au porteur depuis la loi du 30 décembre 1981 sont strictement limitées. Ce sont les actions des SICAV, les actions de sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable, les actions des sociétés françaises négociées sur un marché réglementé (art. L. 212-3 C. mon.).

Les droits du titulaire résultent d'une inscription en compte. Les titres n'ayant plus de supports matériels, le régime juridique des meubles corporels ne leur est plus applicable. C'est dire que la transmission de la propriété des

1. Cl. Ferry, *La mise en place d'un crédit-bail de titres de sociétés*, JCP E 2007, 1709.

2. Sur les prêts de titres, M. Jeantin, *Rev. sociétés* 1992, p. 465 (loi 17 juin 1987 modif. par L. 26 juill. 1991) ; F. Auckenthaler, *Les transferts temporaires de titres*, RJDA 1993, p. 243 et 315 ; G. Baffoy, *Le prêt de consommation de titres de sociétés*, JCP E I, 561 ; Paris 2 juill. 2002 (aff. Azzaro), *Bull. Joly* 2002, p. 1204, n° 257, P. Le Cannu (violation d'une clause de préemption à la suite d'un prêt d'actions). *Cf.* de façon plus générale, F.X. Lucas, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières ; Pour une fiducie des valeurs mobilières*, LGDJ 1997, préf. L. Lorvellec. Pour le juge fiscal, un contrat de prêt à usage n'est pas de nature à dissimuler l'identité du porteur véritable des titres (CAA Lyon 29 juin 2006, *Misson*, *Dr. fisc.* 2007, n° 8, comm. 210, concl. F. Pourny). L'AMF s'est interrogée sur l'activisme dont peuvent faire preuve certains actionnaires « court termistes », qui se font prêter des quantités importantes d'actions, juste avant l'assemblée générale, pour déstabiliser la direction de la société, sans prendre le risque correspondant. Un rapport Mansion (6 févr. 2008) préconise, au nom de la transparence, soit de réserver au seul prêteur l'exercice du droit de vote attaché aux actions prêtées, soit de suspendre les droits de vote attachés aux titres prêtés. Cette suspension pourrait également jouer en cas de pension livrée, promesses croisées, location de droits de vote...V. aussi M. Touch, *Le contrôle des droits de vote dans les sociétés cotées*, *Rev. Dr. Bancaire*, juill.-août 2007, p. 50.

3. M.A. Frison-Roche et M. Jockey, *Pourquoi existe-t-il encore des titres au porteur ?* JCP E 1994, I, 344.

actions au porteur ne peut plus s'opérer par simple tradition manuelle. Il faut un virement de compte à compte (art. 2 D. 2 mai 1983) à la suite d'un ordre de mouvement donné à l'intermédiaire financier (prestataires de services d'investissement, banque, établissement financier) qui tient le compte, ou, à défaut, à la société émettrice ¹. Le transfert de propriété résulte de l'inscription des valeurs mobilières en compte de l'acheteur à la date fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice (art. L. 228-1, al. 9 et R. 228-10) et une sécurité nouvelle est donnée par l'article L. 211-16 C. mon. puisque « nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits ».

Le **nantissement** des actions au porteur ne peut plus s'opérer par remise matérielle des titres. Il nécessite une inscription à un compte spécial, comme pour les actions nominatives (art. 29 L. 3 janvier 1983 *supra*, n° 285). Le régime des titres perdus ou volés ne trouve plus à s'appliquer (D. 11 janv. 1956, 5 mars 1979), mais ne peut-on craindre la naissance de difficultés sérieuses liées par exemple à des dysfonctionnements, voire à des piratages informatiques ?

En définitive, on constate un alignement du régime des titres au porteur sur celui des titres nominatifs ². Simplement, la société émettrice ignore l'identité du titulaire des titres au porteur, titres anonymes, puisque le compte est tenu par un intermédiaire financier habilité (art. 1 D. 2 mai 1983).

Les actions au porteur sont admises chez *Euroclear France* (*supra*, n° 271). Cet organisme facilite par des opérations de virement de compte à compte la circulation des valeurs mobilières entre ses affiliés. L'actionnaire choisit donc son intermédiaire (prestataire de services d'investissement, banque, établissement financier) qui tient la comptabilité des titres de chaque catégorie inscrits dans ses comptes et en porte le résultat au compte global qui lui est ouvert chez *Euroclear*. La cession se fait par virement des titres du compte du cédant au compte du cessionnaire.

Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, les valeurs mobilières, qu'elles soient nominatives ou au porteur, doivent être inscrites en compte au nom de leur propriétaire (art. L. 228-1, al. 6 nouv.) ³. Cependant, lorsque les titres de capital sont cotés et que leur propriétaire n'a pas son domicile sur le territoire français, tout intermédiaire peut être inscrit pour le compte de ce propriétaire. L'intermédiaire inscrit sera tenu, au moment de l'ouverture de

1. Sur la possibilité de don manuel, H. Méau-Latour, *La dématérialisation à l'épreuve du don manuel d'actions*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 797 ; R. M. JO déb. Sénat 11 juin 2009, D. 2009, p. 1595 (application de R. 228-10) ; Paris 19 mars 1991 (aff. Leblanc) Bull. Joly 1991, p. 507, n° 175, F. Lucet ; JCP E 1991, n° 87, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, Rev. dr. bancaire 1997, p. 238, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; Com. 19 mai 1998, Dr. sociétés 1998, n° 108, H. Hovasse ; Bull. Joly 1998, p. 1093, n° 334, D.R. Martin ; RTD com. 1999, p. 170, M. Cabrillac ; JCP E 1999, p. 31, A. Viandier et J.-J. Caussain ; R.M. JO déb. Sénat, 11 juin 2009, p. 1466, BRDA n° 12-2009, p. 3. Sur la vente d'actions avec réserve de propriété, cf. Th. Jacomet, Bull. Joly 1991, p. 977, n° 347.

2. Cf. J. Foyer, art. préc., *La dématérialisation des valeurs mobilières en France*, spéc. p. 26 s.

3. Cf. auparavant, art. 1^{er} D. 2 mai 1983.

son compte auprès soit de la société émettrice, soit de l'intermédiaire financier teneur de compte, de déclarer sa qualité d'**intermédiaire détenant des titres pour le compte d'autrui** (art. L. 228-1, al. 7 et 8 nouv.). Pour l'identification des titres au porteur, la loi nouvelle a repris les dispositions qui s'appliquaient aux **titres aux porteurs identifiables (TPI)** ¹.

Les statuts peuvent prévoir que la société, et elle seule, est en droit de demander à tout moment contre rémunération à sa charge, à l'organisme chargé de la compensation des titres, *Euroclear France*, le nom ou la dénomination, la nationalité et l'adresse des détenteurs de titres conférant immédiatement ou à terme le droit de vote dans ses propres assemblées d'actionnaires, ainsi que la quantité de titres détenue par chacun d'eux et, le cas échéant, les restrictions dont les titres peuvent être frappés (art. L. 228-2, I, al. 1^{er}).

Les renseignements sont recueillis par *Euroclear France* auprès des établissements teneurs de comptes qui lui sont affiliés, lesquels les lui communiquent dans un délai de dix jours ouvrables. Dans les cinq jours ouvrables qui en suivent la réception, ces renseignements sont portés par *Euroclear France* à la connaissance de la société. Lorsque le délai fixé par décret n'est pas respecté, ou lorsque les renseignements fournis par l'établissement teneur de compte sont incomplets ou erronés, *Euroclear France* peut demander l'exécution de l'obligation de communication, sous astreinte, au président du tribunal de grande instance statuant en référé (art. L. 228-2-I nouv.).

La société émettrice, au vu de la liste transmise par *Euroclear France* a la faculté de demander, soit par l'entremise de cet organisme, soit directement aux personnes figurant sur cette liste et dont elle estime qu'elles pourraient être inscrites pour compte de tiers les informations concernant les propriétaires des titres. Ces personnes sont alors tenues, lorsqu'elles ont la qualité d'intermédiaire, de révéler l'identité des propriétaires de ces titres (cf. art. L. 228-2-II nouv.).

La société est dotée de moyens lui permettant de poursuivre ses demandes d'identification jusqu'à l'obtention de l'identité des propriétaires réels des titres (art. L. 228-3-1). À défaut d'obtenir satisfaction, des sanctions sont prévues, la suspension des droits de vote et du paiement des dividendes (art. L. 228-3-3).

287 **Actions de numéraire et actions d'apport** ◇ La distinction repose sur la nature de l'apport que les titres représentent. Les **actions de numéraire** sont celles (art. L. 228-7, al. 1) :

1. Sur ces **titres au porteur identifiable**, cf. M. Germain, art. préc., *Dr. sociétés* 1987, n°s 189 à 226, p. 4 ; Y. Reinhard, *RTD com.* 1987, p. 18, n° 3. Cf. Ch. Saule, *La pratique des titres au porteur identifiable*, intervention au colloque précité de l'ANDD, *Transparence du marché financier*, p. 33, *GLN Joly*, nov. 1989 ; Ch. Barabé, *Les titres au porteur identifiables*, *Petites Affiches*, 19 avr. 1991. Cf. égal. P. Bézard, *Connaissance de l'actionariat*, rapport au Colloque *Droit et Commerce* 1990, in *RJ com.*, n° spécial 1990, *Stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, p. 16. Le TPI, initialement conçu pour se prémunir d'opérations hostiles, constitue une véritable photographie de l'actionariat d'une société, qui permet de mener des campagnes de communication très ciblées (en 2000, il y avait eu plus de 600 demandes, soit près de 15 millions d'actionnaires identifiés, contre seulement 399 en 1997, Rapport annuel 2000 d'*Euroclear*). La limite du système concernait les actionnaires non résidents. Il n'était en effet pas possible de savoir si les titres inscrits sous leur nom leur appartenaient effectivement ou s'ils en étaient seulement les dépositaires pour compte de tiers, dans le cadre d'un *trust* ou d'un *nominee*. La réforme doit permettre de pallier cette carence. Cf. Rapport ANSA sur *L'identification des actionnaires des sociétés cotées*, in *Rev. sociétés* 1996, p. 707.

- dont le montant est libéré en espèces ou par compensation de créance ;
- ou dont l'émission est la conséquence d'une incorporation au capital de réserves, bénéfices ou primes d'émission ;
- ou dont le montant résulte pour partie d'une incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission et pour partie d'une libération en espèces.

Toutes les autres actions sont des **actions d'apport** (art. L. 228-7, al. 2) ¹. L'apport peut être d'un terrain, d'un brevet, d'une marque, de marchandises... Les actions d'apport doivent être intégralement libérées dès leur émission (art. L. 225-3, al. 3 ; *supra*, n° 261) ou lors de l'augmentation de capital (art. L. 225-147, al. 5 ; *infra*, n° 565) ; alors que les actions de numéraire peuvent n'être libérées lors de la souscription que de la moitié au moins de leur valeur nominale (art. L. 225-3, al. 2 ; *supra*, n° 260 ; v. cependant art. L. 228-7 al. 1 *in fine*).

Depuis la loi du 5 janvier 1988, les actions d'apport, comme les actions de numéraire, sont négociables dès leur émission, après immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés (art. L. 228-10).

288 Actions de capital et actions de jouissance ◇ L'action de jouissance, à la différence de l'action de capital, est celle dont le montant nominal a été remboursé à l'actionnaire à la suite d'un « amortissement du capital » (art. L. 225-198 à L. 225-203 et R. 225-146 à R. 225-149). Le remboursement est effectué par un prélèvement sur les bénéfices ou sur les réserves ; le capital reste donc entier (art. L. 225-198, al. 1). L'opération ne doit pas être confondue avec une réduction du capital social (*infra*, n°s 569 s.), ni avec le rachat exceptionnel de ses actions par la société (*supra*, n° 279). Les actions intégralement ou partiellement amorties perdent, à concurrence du montant remboursé, leur droit au premier dividende et au remboursement de leur valeur nominale ; mais elles conservent tous leurs autres droits (art. L. 225-199).

Si l'amortissement du capital a connu une certaine faveur au début du ^{xx}e siècle ², il n'est plus guère pratiqué aujourd'hui, essentiellement pour une raison fiscale : il est traité comme une distribution de réserves et est désormais imposable en tant que revenu régulièrement distribué ³.

Enfin lorsque les actions sont cotées en bourse, elles doivent l'être sous des rubriques différentes, ce qui réduit le marché et peut être source de confusion.

C'est pourquoi le législateur en 1966 a préféré faciliter la conversion des actions amorties en actions de capital (art. L. 225-200 s.).

1. Sous réserve des règles spécifiques applicables aux actions résultant d'une fusion ou d'une scission (art. L. 228-7, al. 2).

2. G. Ripert et R. Roblot, n° 1539.

3. *Infra* n° 301. À la dissolution de la société, la reprise du capital amorti échappe à l'imposition des revenus distribués. L'amortissement peut présenter un intérêt particulier lorsque les dirigeants sociaux doivent racheter la participation d'un actionnaire sortant : la société rembourse alors le nominal et les dirigeants n'ont à déboursier que le montant de la plus-value.

289 Actions ordinaires et actions de préférence ◇ Avant l'ordonnance du 24 juin 2004, on connaissait les actions de priorité ¹, dites encore actions privilégiées ou de préférence, qui procuraient à leurs titulaires des avantages que ne donnaient pas les actions ordinaires.

Les émetteurs, les investisseurs en capital-risque ² ont souhaité que soient créées des **actions de préférence** ³ ayant vocation à se substituer aux catégories intermédiaires entre actions et obligations qui existaient jusqu'alors (actions à dividende prioritaire sans droit de vote, certificats d'investissement, titres participatifs...) ⁴. C'est cette catégorie nouvelle de titres qui a été instaurée par l'ordonnance dans un souci d'unification et pour répondre à une pratique internationale connue, en particulier aux USA, sous le nom de *preferred shares* (art. L. 228-11 s.) ⁵.

Les actions de priorité, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote ⁶, les certificats d'investissement et de droit de vote n'ont donc plus lieu d'être aux côtés

1. Cl. Ferry, R. Cannard, M. Cretté, *Les actions de priorité*, Dr. sociétés Actes pratiques 1993, n° 11 ; Ph. Engel et P. Troussière, *Création de catégories d'actions et stipulation d'avantages particuliers*, JCP E 1996, I, 585 ; J.-J. Daigre, *Actions privilégiées*, Catégories d'actions et avantages particuliers, in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 213.

2. R. Kaddouch, *LBO : action de préférence ou pacte d'actionnaires ?* JCP E 2006, 1953. La **société de capital-risque** (ou de *venture capital*) est celle qui prend des participations en capital dans des sociétés en cours de création ou récemment créées ou dont l'activité présente un certain risque (Bl. Sousi-Roubi, *Vo Société de venture capital*). Cf. J.-P. Bertrel, *Les sociétés de capital-risque*, Rev. droit. bancaire 1987, p. 45 et 70 ; Th. Fournier, *Le capital-risque français*, Banque 1987, p. 1016. V. Où en est le capital-risque ? Banque 1989, p. 693 ; F.D. Poitral, *Contrôle par l'investisseur minoritaire : les outils et les risques*, Banque déc. 1994, p. 28. Sur le régime fiscal des sociétés de capital-risque, cf. *Mémento Fiscal*, n°s 2336 s. Sur le danger pour une société de capital-risque d'être dirigeant de société, actionné en comblement du passif, Paris, 18 juin 1991 et 4 févr. 1992, Bull. Joly 1992, p. 277, n° 82, A. Couret (aff. Nasa Électronique) ; sur les difficultés de reclassement d'actions, Com. 13 févr. 1996, Bull. Joly 1996, p. 392, n° 135, P. Le Cannu (modification fautive de la structure du capital) ; Paris 21 déc. 2001, Bull. Joly 2002, p. 499, n° 109, Th. Massart (validité d'une promesse unilatérale d'achat à un prix minimum au profit de la société de capital-risque). Sur les **clauses de ratchet** permettant aux investisseurs de souscrire des actions nouvelles leur permettant de réparer le préjudice subi, cf. Y. Martin-Lavigne, D. 2002, p. 1540 ; R. Routier, Bull. Joly 2002, p. 859, n° 193. Sur la responsabilité du consultant financier proposant à son client un RES irréalisable, Paris, 26 févr. 1997, D. aff. 1997, p. 414-V. égal. Prado, *L'innovation financière au service du capital-risque*, Bull. Joly 2003, p. 1210, n° 259.

3. *Numéro spécial*, Bull. Joly, nov. 2006, p. 1219 s., n° 266 s. Biblio. thématique in Rev. sociétés 2005, p. 259. Cf. A. Viandier, JCP E 2004, 1440 ; Th. Bonneau, Dr. sociétés 2004, n° 15 ; S. Castagné, *L'abécédaire des actions de préférence*, Dr. sociétés, nov. 2004, p. 11 ; A. Guengant et alii, *Questions de praticiens*, JCP E 2005, 1045, 1086, 1129 ; V. Magnier, *A qui profite la préférence ?* D. 2004, p. 2559 ; G. de Ternay, *SAS et actions de préférence, modus operandi*, JCP E 2005, 568. Sur la fiscalité applicable aux actions de préférence, L. Jaillais, *Actions de préférence : quel régime fiscal ?*, Option finance 27 juin 2005, n° 840, p. 28. Elles sont éligibles au régime des « sociétés mères », infra n° 666-1 et peuvent également bénéficier du sursis d'imposition applicable aux plus-values réalisées par les entreprises lors d'OPE, infra n° 649.

4. AFEP, ANSA, MEDEF, Pour un droit moderne des sociétés, oct. 2003, p. 65.

5. E. Grimaud, *L'influence du droit anglo-américain sur les valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes en droit français*, Litec 2004 ; X. Vamparys *Retour sur un modèle : les preferred shares américaines*, Bull. Joly nov. 2006, 1315, n° 273.

6. Sur les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, cf. 9e édition de ce Précis, n° 290 s.

des actions de préférence. Leur réglementation n'est conservée qu'à titre transitoire pour les émissions antérieures (cf. art. L. 228-29-8 s.). Seuls les titres participatifs sont maintenus en raison de la spécificité de leurs émetteurs, qui peuvent être des sociétés par actions du secteur public ou des sociétés coopératives (*infra*, n^{os} 356 s.).

290 Création des actions de préférence ¹ ◇ La création des actions de préférence peut intervenir lors de la constitution de la société ou au cours de son existence (art. L. 228-11, al. 1^{er}). C'est le plus souvent en cours de vie sociale, à l'occasion d'une augmentation de capital, qu'elle a lieu, afin de favoriser la réussite de l'opération. Les nécessités de la vie sociale imposent une rupture entre actionnaires. Les actions de préférence peuvent aussi résulter d'une conversion d'actions ordinaires (art. L. 228-15, al. 2 ; R. 228-18) ².

L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider l'émission de ces actions sur présentation d'un rapport du conseil d'administration (ou du directoire, art. L. 225-129) et au vu d'un rapport spécial des commissaires aux comptes destinés à éclairer les actionnaires sur la portée de l'émission qu'ils sont invités à autoriser (art. R. 225-115). Mais elle peut aussi déléguer ce pouvoir au conseil d'administration ou au directoire conformément aux règles applicables aux augmentations de capital (cf. art. L. 228-12, al. 1^{er}).

Si le bénéficiaire des actions de préférence à créer est déjà actionnaire de la société, il est privé du droit de vote pour lui-même et comme mandataire et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité (art. L. 225-10 sur renvoi de L. 228-11, al. 1^{er}). Ce n'est que lorsque les actions de préférence sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés ³ que la procédure relative aux **avantages particuliers** doit s'appliquer, sauf dans le cas de l'émission ultérieure d'autres actions de préférence relevant d'une catégorie déjà créée. Dans ce cas, l'évaluation des avantages particuliers est faite dans le rapport spécial mentionné à l'article L. 228-12 (art. L. 228-15, art. R. 225-7, al. 2 et 3) ⁴.

L'obligation de recourir à un commissaire aux avantages particuliers est souvent considérée par les praticiens comme lourde et inutile, en particulier lorsque le commissaire refuse de se prononcer sur certains droits non quantifiables, comme ceux d'information renforcée. Il n'est donc pas rare de voir certains spécialistes du capital-investissement organiser leurs droits préférentiels par voie contractuelle, dans des pactes d'actionnaires.

1. D. Descamps et S. Sylvestre, *La procédure de création des actions de préférence*, Bull. Joly, nov. 2006, p. 1235, n^o 267. Sur les modifications apportées par la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 6 novembre 2008, cf. H. Le Nabasque, JCP E 2008, 2445 ; B. Dondero, *Rev. sociétés* 2008, p. 715.

2. Les titulaires d'actions ordinaires ne peuvent, à peine de nullité de la délibération, prendre part au vote (cf. art. L. 228-15).

3. Le texte vise les actionnaires déjà existants et les actionnaires qui le deviennent au moment de la souscription à condition que ces actionnaires soient nommément désignés (R. M. JO déb. A. N. 24 août 2004, p. 6685, Dr. sociétés 2004, 220, Th. Bonneau).

4. Le commissaire aux avantages particuliers doit être un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société (*id.*) ; R. M. JO déb. Sénat 23 déc. 2004, p. 2970 ; Bull. Joly 2005, p. 123, n^o 19.

291 Droits attachés aux actions de préférence ¹ ◇ La liberté laissée aux actionnaires est très grande puisque les actions de préférence peuvent être assorties de droits particuliers de toute nature, dotées de droit de vote ou non, à titre temporaire ou pour toute la durée de vie de la société. Les droits accordés doivent être définis dans les statuts (art. L. 228-11, al. 1^{er}).

L'avantage accordé est souvent d'**ordre pécuniaire** ². Il peut consister en une augmentation du droit aux bénéfices annuels ³ : l'action de préférence donne droit à un dividende supérieur à celui accordé à l'action ordinaire (*dividende majoré*) ; ou le dividende est *préceptuaire*, c'est-à-dire que les titulaires d'actions de préférence seront payés avant les porteurs d'actions ordinaires, qui seront privées de toute distribution si les bénéfices sont insuffisants. Le dividende peut également être *cumulatif* : si les bénéfices de l'exercice ne sont pas suffisants, un prélèvement sera effectué par priorité sur les bénéfices ultérieurs ⁴. Il peut aussi permettre de recevoir un dividende avant les porteurs d'actions ordinaires sous forme de *dividende prioritaire*.

L'avantage peut également être accordé au moment de la liquidation : le montant nominal des actions de préférence est remboursé avant celui des actions ordinaires, ou les actions de préférence ont une part supérieure dans le *boni* de liquidation, ces deux avantages pouvant être cumulatifs. Lors d'une augmentation de capital par incorporation de réserves, les actions gratuites seront des actions de préférence pour ceux qui en détenaient avant l'opération.

Lorsque l'avantage concerne le **droit de vote**, il convient de respecter les dispositions des articles L. 225-122 à L. 225-125, c'est-à-dire en particulier, la règle selon laquelle chaque action donne droit à une voix au moins, le principe de proportionnalité, les dispositions relatives à l'attribution d'un droit de vote double ⁵, celles concernant la limitation du nombre de voix dont chaque actionnaire dispose (art. L. 228-11, al. 1^{er}).

1. P. Ledoux, *La nature de la préférence*, Bull. Joly nov. 2006, p. 1219, n° 266.

2. Il pourrait consister en une exonération partielle des pertes sociales, ce qui ne le ferait pas tomber sous le coup de la prohibition des clauses léonines (art. 1844-1 al. 2 C. civ., *supra* n° 41).

3. F. Monod, *Droits financiers attachés aux actions privilégiées*, Dr. sociétés mars 1995, n° 3 ; J.-J. Daigre, F. Monod, F. Basdevant, *Les actions à privilèges financiers*, Dr. sociétés, Actes Pratiques, n° 32, 1997. Cependant des droits non financiers peuvent être également attachés à des actions privilégiées, cf. F. Monod, Dr. sociétés juin 1996, n° 9. Sur les **actions traçantes** (ou actions reflets) qui reflètent les performances d'une catégorie donnée d'actifs (celles d'une filiale ou d'une activité non filialisée) cf. Rapport Barbier de la Serre, JCP E 2000, p. 1682 ; A. Viandier, RJDA, 2001, p. 3 ; A. Couret, *Actes pratiques Sociétés*, sept.-oct. 2000, p. 3 ; Y. Guyon, *Les tracking stocks in Mélanges AEDBF France III*, 2001, p. 183. En France, une seule émission a été réalisée à ce jour par Alcatel (Optronics). L'A.G. mixte d'Alcatel du 18 avr. 2003 a cependant décidé de supprimer ces actions et de les transformer en actions ordinaires, leur cours étant passé de 85 à 8 euros. Aux USA, ces actions qui ont rencontré un certain succès sont connues sous le nom de « *tracking stocks* ».

4. Rapp. M. Diener, *Les actions de priorité amortissables*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 161.

5. Les actions pouvant conférer à leurs bénéficiaires plus qu'un vote double ne peuvent être créées que dans les SAS qui ne sont pas soumises aux limitations des articles L. 225-122 à L. 225-125 (*infra*, n° 595-10).

Mais, ces limites étant posées, l'ordonnance accorde une liberté nouvelle concernant le droit de vote, qui permet de séparer capital et pouvoir ¹.

Le droit de vote peut être aménagé ² pour un délai déterminé ou déterminable (par ex. le droit de vote peut être exercé en AGO mais pas en AGE ; il peut être plus important sur certaines résolutions ; il peut renaître lorsque le dividende privilégié prévu n'est pas distribué pendant plusieurs exercices ³). Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou même supprimé, mais cette suppression sera alors généralement compensée par un avantage pécuniaire. Si des actions de préférence sans droit de vote sont créées, elles ne peuvent toutefois représenter plus de la moitié du capital social dans les sociétés non cotées. Cette proportion est réduite au quart dans celles qui le sont, car ce type d'actions est évidemment peu compatible avec les principes du gouvernement d'entreprise (art. L. 228-11, al. 3) ⁴.

Toute émission qui aurait pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite pourrait être annulée (art. L. 228-11, al. 4).

Dans les sociétés de capital-investissement, les praticiens ne manqueront pas de prévoir que les actions de préférence donneront droit à une information particulière (sur des situations comptables périodiques, les états mensuels) ou permettront d'être associés au pouvoir de décision (attribution de sièges au conseil d'administration).

Le recours aux actions de préférence a été encouragé dans les **groupes de sociétés** ⁵. En effet, les droits attachés à ces actions peuvent être exercés dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice (la société-mère) ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital (les filiales et sous-filiales ; art. L. 228-13, al. 1^{er}). L'émission doit alors être autorisée par l'AGE de la société appelée à émettre des actions de préférence et par celle de la société au sein de laquelle les droits sont exercés, les commissaires aux comptes des différentes sociétés intéressées devant établir un rapport spécial (art. L. 228-13, al. 2 et 3). Cette disposition est destinée notamment à légaliser la pratique des **actions traçantes**. Elle permet également d'accorder un droit d'information sur la holding, un droit de consultation préalable sur telle ou telle société, en amont ou en aval ⁶.

292 Régime des actions de préférence ◇ En cours de vie sociale, les porteurs d'actions de préférence se réunissent en **assemblée spéciale**. Si l'assemblée des porteurs d'actions ordinaires décide de modifier les droits des porteurs

1. Un droit de veto en assemblée générale ne semble pas pouvoir être accordé ; en revanche, il pourrait être licite en conseil d'administration pour certaines décisions précisément définies, Comité juridique ANSA 5 janv. 2005.

2. J.J. Daigre, *L'aménagement du droit de vote*, Rev. dr. bancaire oct. 2004, p. 364.

3. Ce qui était le mécanisme des actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

4. Ces actions sans droit de vote à l'émission sont en principe privées de droit préférentiel de souscription en cas d'augmentation de capital en numéraire (cf. art. L. 228-11, al. 5 nouv.).

5. H. Le Nabasque, *Les actions de préférence « de groupe »*, Bull. Joly nov. 2006, p. 1297, n° 271.

6. Cf. A. Couret et H. Le Nabasque, *op. cit.* n° 528 s.

d'actions de préférence, sa décision ne deviendra définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie, statuant dans les conditions d'une assemblée générale extraordinaire.

Les assemblées spéciales ne délibèrent valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins sur première convocation, le tiers, et sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote, et dont il est envisagé de modifier les droits. À défaut de ce dernier quorum, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée mais avec le même quorum (*cf.* art. L. 225-99 ; *infra*, n° 497).

En cours de vie sociale, l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires peut décider de **racheter** ou de convertir les actions de préférence ¹. Les modalités de rachat ou de conversion de ces actions peuvent également être fixées dans les statuts ² (art. L. 228-12, al. 1 et 2).

Les actions de préférence peuvent être **converties** ³ soit en actions ordinaires soit en actions de préférence d'une autre catégorie. La conversion peut entraîner une augmentation de capital par incorporation de réserves (par ex. 3 actions de préférence de 10 € donnent droit à 5 actions ordinaires de 10 €) ⁴. Si la conversion aboutit à une réduction de capital non motivée par des pertes, les créanciers dont la créance est antérieure à la date du dépôt au greffe du procès-verbal de délibération de l'AGE (ou du conseil d'administration ou du directoire en cas de délégation) peuvent former opposition à la conversion (art. L. 228-14, al. 1 et 2 et art. R. 228-15, al. 1^{er}) ⁵.

Le dividende distribué aux titulaires d'actions de préférence peut, le cas échéant, être accordé en titres de capital, selon les modalités fixées par l'AGE ou les statuts (art. L. 228-18).

Si les porteurs d'actions de préférence estiment que la société ne respecte pas leurs droits particuliers, ils peuvent, lors d'une assemblée spéciale, donner mission à l'un des commissaires aux comptes de la société d'établir un rapport spécial. Ce rapport sera diffusé à ces porteurs à l'occasion d'une assemblée spéciale (art. L. 228-19).

Les droits de porteurs d'actions de préférence sont également protégés en cas de modification ou d'amortissement du capital, puisque l'assemblée générale extraordinaire doit déterminer les incidences de ces opérations sur leurs droits. Ces incidences peuvent être également constatées dans les statuts (art. L. 228-16).

1. Les textes sont muets sur les méthodes d'évaluation des actions de préférence lors de leur création, de leur rachat, en cas de cession ou d'échange. Sur ces difficultés, *cf.* S. Schiller, *L'évaluation de la préférence*, *Rev. sociétés* 2006, p. 703.

2. Sur les modalités de constatation des résultats des conversions, *cf.* art. L. 228-12 al. 3 et 4.

3. M. Germain, *La création et la disparition des actions de préférence*, *Rev. dr. banc.* oct. 2004, p. 367 ; A. Couret, *Deux questions sur le rachat des actions de préférence*, *Bull. Joly nov.* 2006, p. 1268, n° 268 ; B. Mercadal, *Que faire des actions de préférence ? RJDA* 2006, p. 671.

4. R. M. JO *déb. Sén.* 16 mars 2006, p. 792 ; *Bull. Joly* 2006, p. 671, n° 143.

5. En ce cas, les opérations de conversion ne peuvent commencer pendant le délai d'opposition ni, le cas échéant, avant qu'il ait été statué en première instance sur cette opposition (al. 3).

En cas de fusion ou de scission, les actions de préférence peuvent être échangées contre des actions des sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés ¹. En l'absence d'échange contre des actions conférant des droits particuliers équivalents, la fusion ou la scission est soumise à l'approbation de l'assemblée spéciale (art. L. 228-17).

SOUS-SECTION 3. Les droits des actionnaires

293 Droits et obligations ² ◇ L'actionnaire ³ a une obligation essentielle : effectuer l'apport qu'il s'est engagé à faire, en numéraire ou en nature, lors de la constitution de la société (*supra*, n^{os} 259 s.) ou à l'occasion d'une augmentation de capital (*infra*, n^{os} 552 s.). Une assemblée générale, fût-elle extraordinaire, ne saurait lui imposer d'augmenter ses engagements (*infra*, n^o 489) ⁴ et la responsabilité de l'actionnaire ne peut être recherchée que dans la limite de son apport (art. L. 225-121) ⁵, sauf si, la société étant en redressement ou en liquidation judiciaire, il s'est comporté comme un dirigeant de fait (*infra*, n^o 413, art. L. 651-2).

Les droits de l'actionnaire sont en revanche multiples, étant liés à sa qualité d'associé. La loi, par certaines de ses dispositions impératives, et la jurisprudence ⁶ ont reconnu que l'actionnaire était titulaire de *droits irréductibles*, de *droits propres* (ou encore *droits individuels*) auxquels les statuts ou la décision d'un organe social ne peuvent pas porter atteinte ⁷.

1. Sur la notion de droits équivalents, R. M. JO *déb. Sénat* 30 sept. 2004, p. 2236 ; BRDA n^o 19 – 2004, p. 2.

2. L. Godon, *Les obligations des associés*, LGDJ 1999, préf. Y. Guyon ; M. P. Lamour, *La responsabilité personnelle des associés*, D. 2003, p. 51 ; F. X. Lucas, *La responsabilité des associés minoritaires*, Dr. et patr. 2003, p. 59.

3. *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* Colloque Centre de Recherches de droit des affaires, Paris I, Rev. sociétés 1999, p. 511 et 715.

4. Cependant les actionnaires des établissements de crédit peuvent être « invités » par le gouverneur de la Banque de France, lorsqu'il apparaît que la situation d'un établissement de crédit le justifie, à « fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire » (« devoir d'actionnaire », instauré par l'article 52 al. 1 de la « loi bancaire » du 24 janv. 1984 désormais codifié sous l'art. L. 511-42 C. mon.). Cf. M.A. Frison-Roche, *L'invitation de l'article 52 de la loi bancaire*, Rev. dr. bancaire 1996, p. 86 ; F.J. Crédot, *Le devoir d'actionnaire d'un établissement de crédit*, in *Mélanges AEDBF-France* 1999, p. 147 ; Paris 13 janv. 1998, Rev. dr. bancaire 1998, p. 145, M. Germain et M.A. Frison-Roche. Sur le regroupement d'actions, cf. *supra*, n^o 277.

5. Sur une responsabilité personnelle pour avoir fautivement approuvé les comptes, Com. 3 oct. 2006, RTD com. 2007, p. 179, P. Le Cannu. Sur les conditions auxquelles la responsabilité d'un actionnaire majoritaire pourrait être recherchée par une banque ayant consenti d'important crédits à la société, cf. J.-L. Rives-Lange sous Paris 12 juill. 1991, Banque 1991, p. 1087.

6. Com. 17 juin 1974, Gaz. Pal. 1975, I, 127 ; Paris 2 juin 1954, Gaz. Pal. 1954, II, 251 ; Paris 6 déc. 1954, Gaz. Pal. 1955, I, 76.

7. M. Germain, *La renonciation aux droits propres des associés : illustrations*, in *Mélanges F. Terré*, Dalloz 1999, p. 400.

C'est ainsi que l'actionnaire a le droit d'agir en responsabilité contre les dirigeants sociaux (*infra*, n° 409) ou d'intenter une action en nullité pour obtenir l'anéantissement de résolutions irrégulières (*infra*, n° 485 s.). Il a le droit de participer aux bénéfices réalisés ; il a également un droit sur les réserves constituées (*infra*, n°s 293 s.). Sa qualité d'associé ne peut pas lui être supprimée contre son gré (*infra*, n° 305), tout comme il a le droit de sortir de la société en cédant ses actions (*infra*, n° 315). De même, il a le droit de participer à la vie sociale ¹ en votant aux assemblées générales (*infra*, n°s 307 s.) après avoir reçu toutes les informations (*infra*, n°s 472 s.) lui permettant de se prononcer en connaissance de cause.

Suivant une distinction traditionnelle, seront présentés les droits pécuniaires de l'actionnaire (§ 1), puis ses droits extra-pécuniaires (§ 2).

Auparavant, il convient de signaler la volonté récente du législateur de développer le rôle des associations d'actionnaires.

293-1 Les associations d'actionnaires ² ◇ La loi du 1^{er} mars 1984 avait invité les actionnaires à se grouper, sous quelque forme que ce soit, et donc sous forme d'association, afin d'atteindre le minimum de 10 % du capital social, leur permettant de demander la désignation d'un expert de gestion (anc. art. L. 225-231, *infra*, n° 523). Une loi du 23 juin 1989 a permis aux associations de défense des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers d'agir en justice dès lors qu'elles sont agréées (*supra*, n° 268). La loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier a introduit deux dispositions de grande importance pour les actionnaires minoritaires ³, facilitant leurs actions judiciaires et leur permettant d'accroître leur rôle dans la vie des sociétés cotées :

– D'une part, le dispositif de la loi du 5 janvier 1988 relatif aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs (art. 8-1 s. nouv. ; D. 11 déc. 1992) a été étendu aux **associations d'investisseurs** (*supra*, n° 268). Lorsque plusieurs investisseurs, personnes physiques, ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'une même personne et qui ont une origine commune, toute association d'investisseurs peut, si elle a été mandatée par au moins

1. Sur le droit de critique de l'actionnaire, Civ. 2e, 13 mai 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1517, n° 301, L. Godon.

2. B. Lebars, *Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs*, LGDJ 2003, préf. Y. Guyon et *La rénovation du statut des associations d'actionnaires et d'investisseurs : un épiphénomène révélateur du besoin d'évolution en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2003, p. 428. Sur le statut de la société *Deminor*, T. com. Paris 7 déc. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 746, n° 163, J. F. Barbieri.

3. Cf. *Les associations d'actionnaires et d'investisseurs*, Colloque Paris I, avr. 1995, Y. Guyon, I. Urbain-Parléani, M. Boizard, P. Le Cannu, B. Boulloc, *Rev. sociétés* 1995, p. 205 ; Biblio. thématique, *id.* p. 405. V. égal. Th. Bonneau, *Dr. sociétés* 1994, n° 148 et H. Le Nabasque, *id.* n° 160 ; S. L'Hélias, *Le point de vue et le rôle des associations de défense d'actionnaires*, *Joly Bourse*, avr. 1994, p. 51 ; C. Danglehant, *Le nouveau statut des minoritaires dans les SA cotées : l'application du principe de l'équité*, *Rev. sociétés* 1996, p. 217.

deux des investisseurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction, au nom de ces investisseurs (cf. art. L. 452-2 C. mon.).

Tout investisseur ayant donné son accord à l'exercice d'une action devant une juridiction pénale est considéré comme exerçant les droits reconnus à la partie civile (art. L. 452-3 C. mon.). L'association qui exerce une action en justice en application des articles L. 452-2 et L. 452-3 peut se constituer partie civile (art. L. 452-4 C. mon.).

— D'autre part, un nouvel article 172-1 avait été inséré dans la loi du 24 juillet 1966. Selon ce texte, codifié dans le Code de commerce sous l'art. L. 225-120, dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les associés peuvent se regrouper en **associations d'actionnaires** destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société. Afin d'éviter la constitution de regroupements de circonstances, éventuellement manipulées par un ou plusieurs actionnaires qui souhaiteraient renforcer leur pouvoir au sein de la société ¹, certaines conditions sont exigées ². Les actionnaires doivent justifier d'une inscription nominative depuis au moins deux ans, ce qui fait présumer leur fidélité à la société, et détenir ensemble au moins 5 % des droits de vote. En outre, ces associations, qui n'ont pas à être agréées, doivent pour exercer les droits qui leur sont reconnus par la loi, avoir communiqué leurs statuts à la société et à l'AMF.

Lorsque le capital de la société est supérieur à 750 000 €, la part des droits de vote est réduite suivant un barème qui ne prévoit plus qu'un pourcentage d'un pour cent au-delà de 15 millions d'euros (art. L. 225-120, II).

Les pouvoirs conférés par le nouveau texte à ces associations sont nombreux : demander en justice la convocation d'une assemblée générale (art. L. 225-103, *infra*, n° 461) ; requérir l'inscription à l'ordre du jour des assemblées de projets de résolution (art. L. 225-105 *infra*, n° 463) ; demander en justice le relèvement ou la récusation d'un commissaire aux comptes (art. L. 225-233 et L. 225-230, *infra*, n° 506, 507) ; demander la nomination d'un expert de gestion (art. L. 225-231, *infra*, n° 523) ; poser par écrit des questions aux dirigeants (art. L. 225-232, *infra*, n° 476) ; intenter l'action sociale *ut singuli* (art. L. 225-252 *infra*, n° 411).

Les premiers pas de ces nouvelles associations sont encore timides. L'avenir dira si elles ne sont que des organes de contestation ou si elles souhaitent devenir de véritables organes de collaboration ³.

1. E. Dailly, Avis Sénat, n° 539, 22 juin 1994, p. 52.

2. Paris 16 mars 1995, *Gaz. Pal.* 12 nov. 1995, concl. Y. Jobard.

3. Y. Guyon, préc. *Rev. sociétés* 1995, p. 207 ; V. Canu et B. de Saint-Mars, *Les associations d'actionnaires, éléments du gouvernement d'entreprise ? Rev. dr. bancaire*, janv.-févr. 2000, p. 46.

§ 1. Les droits pécuniaires de l'actionnaire

L'actionnaire, ayant effectué un apport, entend participer aux bénéfices de la société. Il espère donc recevoir, si possible chaque année, un dividende (A) ; et son droit sur l'actif social (B) se concrétisera à l'occasion des augmentations de capital ou à la dissolution de la société.

A. Le droit au dividende

294 Définition – Nature juridique ¹ ◇ Le dividende est la part de bénéfices que la société distribue à chacun de ses actionnaires. Le montant en est fixé par l'assemblée générale ordinaire annuelle (art. L. 225-100 et L. 232-12, al. 1).

Normalement le dividende est payable en argent. Mais, depuis la loi du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, la société peut offrir à ses actionnaires une option entre le paiement en numéraire et un paiement en actions (*infra*, n° 300) ².

Le « droit au dividende » doit être bien compris : il ne signifie pas que, chaque année, l'actionnaire a le droit d'exiger qu'une partie des bénéfices lui soit attribuée (*infra*, n° 549) ; mais simplement qu'il ne peut pas être indûment privé de son droit sur les bénéfices et sur les réserves ³.

La **nature juridique** du dividende a été source de nombreuses incertitudes. La Cour de cassation a d'abord considéré qu'il s'agissait de fruits civils s'acquérant « jour par jour » au cours de l'exercice social (art. 586 C. civ.) ⁴.

1. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2000, p. 779. Adde A. de Bissy, *La notion de dividende : aspects juridiques et fiscaux*, Thèse dactyl. Toulouse 1994 ; A. Fauchon, *Les vicissitudes de la notion de distribution régulière de bénéfices des sociétés anonymes en droit fiscal*, Thèse dactyl. Paris XI 1996.

2. Sur le plan fiscal, les dividendes payés en nature sont le plus souvent imposés comme des dividendes à part entière (R. M. JO AN 8 juin 1963, p. 3270 ; *infra* n° 301), la base d'imposition résultant de la valeur de l'actif au jour de la distribution. En outre, l'attribution d'un élément de l'actif social peut entraîner une plus-value taxable pour la société distributrice (CE 13 juill. 1963, *Lebon* p. 454), égale à la différence entre la valeur du bien au jour de l'attribution et sa valeur comptable (art. 39 duodecies CGI). Cette opération présente le grand intérêt fiscal d'être neutre au regard des droits d'enregistrement. En effet, la jurisprudence estime que, la décision de distribution une fois prise, la société devient débitrice des dividendes dus, et en payant ceux-ci, elle ne fait qu'acquitter sa dette ; or, s'acquitter de sa dette n'entraîne pas de mutation imposable (Com. 31 mai 1988, *Dr. fisc.* 1988, n° 31, comm. 1677 ; Com. 6 juin 1990, *JCP E* 1991, II, 166, M. Marteau-Petit ; Com. 6 avr. 1993, *RJF* 7/93, n° 1071 ; Com. 12 févr. 2008, *SAHF participations*, *RJF* 5/08, n° 612 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 29, comm. 416, note F. Deboissy et G. Wicker). Ces solutions sont inapplicables aux dividendes payés en actions (faute de sortie d'un élément de l'actif social, les actions distribuées résultent nécessairement d'une augmentation du capital social).

3. Sur les conditions dans lesquelles un actionnaire peut renoncer aux bénéfices distribuables d'un exercice clos, Com. 26 mai 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 169, H. Le Nabasque ; *Bull. Joly* 2004, p. 1100, n° 215, J. F. Barbière. Cf. égal. sur une répartition inégalitaire des bénéfices tout au long de la vie sociale, contrairement aux stipulations statutaires, mais valablement ratifiée par des actes de dissolution et de liquidation établis par les associés, Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, *Rev. sociétés* 2004, p. 692, Y. Chartier ; *Dr. sociétés* 2004, n° 142, F. X. Lucas ; *Bull. Joly* 2004, p. 714, n° 140, B. Saintourens, *JCP E* 2004, 1510, n° 6, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (SCP).

4. Civ. 21 oct. 1931, *D. P.* 1933, 100.

Puis, après avoir rendu des arrêts suscitant l'interrogation des interprètes, elle a décidé que les dividendes « participent de la nature des fruits », qui ne sont cependant pas des fruits civils, car manquent les caractères de périodicité et de fixité requis ¹.

Dans les sociétés commerciales, les dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale (art. L. 232-11 s.) ². Il en résulte que l'associé n'a jusqu'à cette date aucune créance à ce titre sur la société et seuls les associés présents au jour de la décision de distribution par l'assemblée ont droit aux dividendes (*infra*, n° 298 *in fine*) ³.

295 Mode de calcul du dividende ◇ Le bénéfice distribuable (art. L. 232-11, al. 1) est constitué par le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes prélevées pour la dotation de la réserve légale et des réserves statutaires (*infra*, n°s 546 s.) ; il est augmenté du report bénéficiaire (*infra*, n° 548).

En outre, l'assemblée peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition ⁴. En ce cas, la décision doit indiquer expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois les dividendes doivent être prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice (art. L. 232-11, al. 2).

Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale fixe le montant du dividende (art. L. 232-12, al. 1). Mais elle n'est pas obligée de tout distribuer ; par prudence elle constitue généralement des réserves libres (*infra*, n° 549), ce qui est souvent une source de conflits entre les dirigeants sociaux et les actionnaires minoritaires qui se plaignent de la faiblesse de la distribution et allèguent volontiers un abus de majorité (*infra*, n° 549) ⁵.

1. Com. 28 nov. 2006, *D.* 2006, p. 3055, A. Lienhard ; *D.* 2007, p. 1305, R. Salomon ; *JCP E* 2007, 1361, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *Bull. Joly* 2007, p. 363, n° 83, Th. Revet

2. Com. 10 févr. 2009, *Caudiou*, *RJF* 5/09, n° 514 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 12-13, comm. 252 ; *Bull. Joly* 2009, p. 699, n° 142, note S. Torck, et 31 mars 2009, *Audureau*, *RJF* 7/09, n° 698 : avant l'attribution, l'usufruitier n'a donc pas de droit sur les bénéfices et, en participant à l'assemblée générale qui décide de les affecter à un compte de réserve, il ne consent aucune donation au nu-propriétaire.

3. Com. 28 nov. 2006 ; v. déjà Com. 9 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1403, n° 278, H. Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 2004, n° 204, F. G. Trébulle ; Com. 19 sept. 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 185, J. Monnet. Le juge fiscal retient la même solution, Com. 10 févr. 2009, *Caudiou*, et 31 mars 2009, *Audureau*, *préc.*

4. Cf. sur la distribution d'une prime d'apport, Paris 19 mai 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 135, H. Hovasse ; *Bull. Joly* 1999, p. 878, n° 207, J.-J. Daigre ; *RTD com.* 1999, p. 901, Y. Reinhard (incidence sur des bons de souscription d'actions).

5. Rapp. sur la responsabilité d'un concédant qui impose des sacrifices à ses concessionnaires tout en conservant ses dividendes, Com. 15 janv. 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 169, Th. Bonneau. Sur la pratique de certains établissements bancaires et financiers exigeant de la société emprunteuse qu'elle ne distribue pas de dividende pendant la durée du prêt consenti, cf. *R.M. JO déb. AN* 9 févr. 1987, p. 660. Sur l'utilisation des dividendes préciputaires et cumulatifs, v. *supra*, n° 289.

Le dividende, qui est fixé par action, est en principe proportionnel à la valeur nominale de l'action (*supra*, n^{os} 41 s.). Mais s'il y a des actions de jouissance (*supra*, n^o 288) elles reçoivent un dividende plus faible que celui donné aux actions de capital. Les actions de préférence peuvent recevoir un dividende avant les autres (dividende prioritaire) et/ou un dividende supérieur (*supra*, n^o 291).

En pratique, il peut être prévu par les statuts ¹ l'attribution à titre de « premier dividende » (ou dividende statutaire) d'un intérêt calculé sur le montant libéré et non amorti des actions. Sauf disposition contraire des statuts, les réserves ne sont pas prises en compte pour le calcul du premier dividende (art. L. 232-16). Le premier dividende suppose l'existence de bénéfices distribuables et se distingue donc de la clause d'intérêt fixe (*infra*, n^o 296).

Après distribution du « premier dividende », s'il reste encore un bénéfice distribuable, un « superdividende » peut être versé à toutes les actions, même de jouissance. Malgré son nom, le « superdividende » est soumis à la même réglementation que le dividende.

Dans les petites sociétés familiales, souvent, il n'y a pas de distribution de dividendes : les principaux actionnaires sont rémunérés en leur qualité de dirigeant et, éventuellement, de salarié s'ils cumulent un mandat social et un contrat de travail (*infra*, n^o 389). Ils bénéficient également des intérêts versés sur leur compte courant d'associé.

Dans les sociétés cotées en bourse, les dirigeants s'efforcent de distribuer chaque année un dividende, grâce aux réserves qu'ils ont constituées les bonnes années ². La régularité du dividende permet de rassurer et « fidéliser » l'actionnariat. Cependant, le rendement moyen des actions cotées est faible. De 1969 à 1998, il s'est situé à 4,6 % avec un plus bas en 1998 à 2,1 % ³. En 2004, pour les sociétés du CAC 40, il n'a représenté que 2,5 % de la capitalisation boursière ; en 2006 et 2007, 3,12 % ⁴. Devant ces résultats assez faibles, les actionnaires, en particulier les fonds anglo-saxons, réclamaient de la « création de valeur » par l'entreprise, afin de pouvoir encaisser de confortables plus-values lors de la cession de leurs titres. Mais l'effondrement des bourses, depuis l'automne 2008, a calmé ces demandes.

Le débat sur les revenus distribués par les entreprises a été enrichi par un rapport du directeur général de l'INSEE intitulé « *Partage de la valeur ajoutée, partage des profits et écarts de rémunération en France* ». Cette étude révèle qu'en moyenne les entreprises distribuent 36 % de leurs profits aux détenteurs du capital, consacrent 57 % à leurs investissements et 7 % à l'épargne salariale. Toutefois, seule une PME sur six distribue des dividendes (*Les Échos* 5 mai 2009).

1. F.D. Poitral, *Clauses statutaires de répartition des bénéfices*, Dr. et patr. avr. 1998, p. 32.

2. A. Couret, *La contrainte du dividende dans les sociétés par actions*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 239.

3. Source : SBF. Bourse de Paris, in *La Vie Française* 28 mai 1999, p. 46.

4. *Les Échos*, 4 août 2005 ; 5 févr. 2008.

295-1 Dividendes majorés ¹ ◇ Au cours de l'année 1993, plusieurs sociétés cotées en bourse avaient proposé à leurs actionnaires d'insérer dans leurs statuts une clause attribuant un dividende majoré à ceux d'entre eux qui garderaient leurs actions au nominatif pendant deux ans ou plus. Cette *prime de fidélité* présente le double avantage pour la société de lui permettre d'identifier son actionnariat et de le stabiliser. L'article L. 228-11 relatif aux actions de priorité suffisait à justifier la création de ce dividende majoré.

Cependant le législateur, par crainte d'abus, a préféré intervenir (loi du 12 juillet 1994 insérant dans la loi du 24 juillet 1966 un article aujourd'hui codifié L. 232-14) ². Désormais, une majoration de dividende limitée à 10 % peut être attribuée par les statuts à tout actionnaire, personne physique ou personne morale, qui justifie à la clôture de l'exercice, d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et de son maintien à la date de mise en paiement du dividende. Le taux de la majoration est fixé par l'assemblée générale extraordinaire. La même majoration peut être attribuée, dans les mêmes conditions, en cas de distribution d'actions gratuites.

Cette majoration ne peut pas être attribuée avant la clôture du deuxième exercice suivant la modification des statuts (art. L. 232-14, al. 2).

Dans les sociétés admises aux négociations sur un marché réglementé, le nombre de titres éligibles à cette majoration de dividende ne peut excéder, pour un même actionnaire, 0,5 % du capital de la société (art. L. 232-14 al. 1). En 2006, seules deux sociétés cotées avaient distribué un dividende majoré (Rapport AMF 2006, Annexes, p. 44).

296 Clause d'intérêt fixe ◇ La *clause d'intérêt fixe* (ou intercalaire) qui permettrait, statutairement, à la société de verser un intérêt aux actionnaires, même en l'absence de bénéfices distribuables, est réputée non écrite (art. L. 232-15 al. 1) ³. En effet, une telle distribution ne pourrait se faire qu'en effectuant un prélèvement sur le capital social, les réserves légale ou statutaire ; elle porterait atteinte au gage des créanciers sociaux. La même idée conduit à sanctionner la distribution de dividendes fictifs.

1. Fiscalement, le dividende « majoré » est traité comme un dividende à part entière (*infra* n° 301) : CE 26 févr. 2001, *Anzalone*, R/JF 5/01, n° 619 ; Dr. fisc. 2001, n° 27, comm. 611 (dividendes distribués conformément à une double clé statutaire de répartition fondée d'une part sur le nombre d'actions détenues, d'autre part sur le chiffre d'affaires rapporté par chacun des associés) ; jurisprudence entérinée par la doctrine administrative qui mentionne expressément l'art. L. 232-14 (et l'art. 1844-1 C. civ.) : Instr. 14 déc. 2001, BOI 4 J-2-01, spéc. n° 5.

2. V. sur les débats souvent agités ayant précédé l'adoption de ce texte et son commentaire, Y. Guyon, *Rev. sociétés* 1995, p. 1 ; Ph. Engel et P. Troussière, *JCP E* 1995, I, 433 ; H. Le Nabasque et J. Cl. Delvaux, *JCP E* 1994, II, 413 ; R. Routier, *Prime de fidélité : le revers de la médaille*, *Bull. Joly* 1996, p. 23, n° 3.

3. Il n'en irait autrement que si l'État avait accordé aux actions la garantie d'un dividende minimal (art. L. 232-15, al. 2).

297 Dividendes fictifs ◇ Tout dividende distribué en violation des règles sur l'approbation des comptes et la constatation de l'existence de sommes distribuables est un dividende fictif (art. L. 232-12 al. 3). Le législateur, devant la gravité de ces faits, a prévu des sanctions pénales et des sanctions civiles :

- *Pénalement*, les dirigeants qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, opèrent sciemment entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs, s'exposent à des peines sévères (cinq ans de prison et/ou amende de 375 000 € ; art. L. 242-6, 1^o) ¹.

- *Sur le terrain civil*, la distribution de dividendes fictifs engage la responsabilité des dirigeants. Elle peut également engager celle des commissaires aux comptes, si ayant eu connaissance de l'infraction commise, ils ne l'ont pas révélée dans leur rapport à l'assemblée générale (art. L. 225-241, al. 2). Quant aux actionnaires, ils doivent restituer à la société les dividendes qu'ils ont perçus, qu'ils soient fictifs ou résultent d'une clause d'intérêt fixe, dès lors qu'il est établi qu'ils avaient connaissance du caractère irrégulier de cette distribution au moment de celle-ci ou qu'ils ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances (art. L. 232-17) ². C'est là le seul cas de répétition des dividendes.

298 Paiement du dividende ◇ Les modalités de mise en paiement des dividendes votés par l'assemblée générale sont fixées par celle-ci ou, à défaut, par le conseil d'administration (ou le directoire) (art. L. 232-13, al. 1^{er}) ³. Toutefois, la mise en paiement doit avoir lieu dans un délai maximal de neuf mois après la clôture de l'exercice, sauf prorogation par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant sur requête du conseil d'administration (ou du directoire) (art. L. 232-13, al. 2 et R. 232-18).

Depuis la dématérialisation des valeurs mobilières (*supra*, n° 272), l'actionnaire n'a plus à se présenter à sa banque, muni des coupons qu'il avait soigneusement découpés. S'il est titulaire d'actions inscrites dans un compte « nominatif pur » de la société, il reçoit directement les dividendes qui lui sont dus. S'il s'agit d'actions au porteur ou d'actions inscrites en compte « nominatif administré », l'actionnaire reçoit ses dividendes par le biais de son intermédiaire financier.

Les dividendes non réclamés dans un délai de cinq ans sont prescrits (art. 2224 nouv. C. civ.) ⁴, et la *prescription* joue au profit de... l'État (art. L. 1126-1, 1^o Code gén. de la propriété des personnes publiques).

1. Cf. par ex. T. corr. Paris 16 mai 1974 (aff. Willot), *Gaz. Pal.* 1974, II, 886. N. Stolowy, *Étude comparative du délit de distribution de dividendes fictifs et du délit de publication ou présentation de comptes annuels « infidèles »*, *JCP E* 2000, p. 1896.

2. Aix 2 avr. 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 229, H. Le Nabasque (à propos d'une SARL).

3. Sur la possibilité de paiement du dividende en actions, v. *infra*, n° 300.

4. Sur le point de départ du délai de prescription, Com. 19 sept. 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 185, J. Monnet ; *RJDA* 2007, p. 151, n° 153 (avec une note discutant de la durée de la prescription).

Une fois la décision de répartition votée par l'assemblée générale, l'actionnaire est créancier du dividende ¹. Il en résulte qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre de la société, l'actionnaire, comme tout créancier, doit déclarer sa créance.

En cas de cession d'actions, le sort des dividendes non encore mis en distribution est généralement réglé préalablement entre le cédant et le cessionnaire ². Si rien n'a été prévu, la jurisprudence considère que c'est celui qui a la qualité d'actionnaire au jour où la distribution des bénéfices est décidée par l'assemblée, et non pas au moment de la réalisation de ceux-ci, qui perçoit les dividendes ³. Les dividendes sont donc perçus par l'acquéreur lorsque la cession est intervenue avant la décision de l'assemblée de les distribuer. Mais les parties à la cession peuvent déroger à ce principe, en décidant par exemple une répartition *pro rata temporis*.

299 Acompte sur dividende ⁴ ◇ Avant l'approbation des comptes de l'exercice, il peut être distribué des acomptes sur dividende. L'opération peut être intéressante par exemple pour une société holding qui a un besoin pressant d'argent frais pour réaliser une acquisition importante. Le versement est possible lorsqu'un bilan, établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes, fait apparaître que la société a réalisé un bénéfice depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire. Le montant de ces acomptes ne peut excéder le montant du bénéfice, et tout dividende distribué en violation de cette réglementation serait un dividende fictif (art. L. 232-12, al. 2 et 3 ; *supra*, n° 297).

La société peut également offrir à ses actionnaires la possibilité de recevoir leurs acomptes sous forme d'actions (art. L. 232-18, al. 1 ; *infra*, n° 300).

La décision de répartir un acompte à valoir sur le dividende, et de fixer son montant ⁵ et sa date de répartition ⁶ appartient au conseil d'administration

1. Paris 2 mai 1935, *Gaz. Pal.* 1935, II, 113 ; rappr. Paris 15 nov. 1976, *JCP* 1979, II, 19129, J. Evesque ; D. 1978, IR, 249, J. Cl. Bousquet.

2. Par ex. Com. 11 mars 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 506, n° 132, W.L.B. ; *JCP E* 1986, 15846 n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain, rejetant le pourvoi contre Lyon 23 févr. 1984, *D.* 1985, p. 127, H. Croze et Y. Reinhard.

3. Com. 9 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1403, n° 278, H. Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 2004, n° 204, F. G. Trébulle. V. les références citées *supra* n° 294 *in fine*.

4. *Fiscalement*, les acomptes sont traités comme des dividendes à part entière (*infra* n° 301). L'administration fiscale a réaffirmé cette position : Instr. 14 déc. 2001, BOI 4 J-2-01, spéc. n° 5 ; et le juge fiscal également : TA Nice 14 mai 2002, *Crémone*, *RJF* 1/03, n° 43 (hypothèse dans laquelle le juge fiscal refuse la nature de dividende à un « acompte » irrégulièrement voté).

5. Aucun montant minimum n'est plus imposé depuis que le décret du 3 mai 2002 (art. 58) a abrogé l'art. D. 245-1 al. 2.

6. Sur la détermination du bénéficiaire en cas de cession d'actions, Paris 6 mai 1993, *JCP E* 1994, II, 553, A. Viandier ; *Bull. Joly* 1993, p. 737, n° 215, A. Couret (même régime que pour les dividendes).

(ou au directoire ; art. R. 232-17, al. 1), ce qui a pour effet de lier l'assemblée générale des actionnaires qui se réunira ensuite.

300 Paiement du dividende en actions ¹ ◇ Une innovation intéressante a été introduite dans notre droit par la loi du 3 janvier 1983, à l'image de ce qui se pratique aux USA sous le nom d'« *accumulating shares* ». Les sociétés anonymes françaises peuvent désormais offrir à chacun de leurs actionnaires la possibilité de percevoir ses dividendes (ou ses acomptes sur dividende) soit, sous forme traditionnelle, en numéraire (*supra*, n° 298), soit sous forme d'actions nouvelles (art. L. 232-18 à L. 232-20) ².

Le système a l'avantage pour la société de lui permettre de réaliser des économies de trésorerie. En outre, la société peut même encaisser de l'argent versé par ses actionnaires sous forme de soulte... L'actionnaire n'est cependant pas incité à opter pour un dividende en actions dans la mesure où actuellement il n'en tire aucun avantage sur le terrain fiscal (*infra*, n° 301). En outre, les cours de bourse sont quelquefois plus intéressants que les prix d'exercice proposés.

En 1995, 101 sociétés (cote officielle et second marché) avaient offert le choix. 21,5 milliards de francs avaient été payés en actions ³. Mais, depuis 1996, les sociétés n'ont plus guère proposé cette option, afin d'éviter la dilution des bénéfices entraînée par la création de nouveaux titres, préférant « créer de la valeur pour l'actionnaire ». Cependant, en 2009, compte tenu de la crise, la distribution en actions connaît un regain de faveur, les sociétés cherchant à limiter les sorties de *cash* à raison de la raréfaction du crédit. C'est ainsi que quatorze sociétés du CAC 40 ont proposé un paiement du dividende en actions. Selon *France Télécom*, des actionnaires représentant plus de la moitié du capital ont choisi l'option de paiement du dividende en actions ⁴.

La faculté d'accorder à chaque actionnaire une option entre le paiement du dividende (ou de l'acompte) en numéraire et ce paiement en actions doit être prévue par les statuts (art. L. 232-18) ⁵. La décision d'offrir ce choix est prise par l'assemblée générale ordinaire qui statue sur les comptes de l'exer-

1. J. Richard, *Paiement du dividende en actions*, JCP 1985 éd. E 14436 ; Bull. COB, n° 159, mai 1983, p. 5 ; R. Gaudet, *Paiement de dividendes en actions de priorité : un outil de transmission d'entreprise progressif et efficace*, Dr. et patr. juin 1997, p. 35.

2. Sur la possibilité pour une société de distribuer, à titre de dividende, des actions d'une autre société, dont elle détient les titres en portefeuille, cf. Com. 31 mai 1988 qui considère que « le paiement des dividendes, en application de l'article 347 de la loi du 24 juill. 1966 (devenu art. L. 232-12), aux titulaires des actions d'une société sous la forme de remise d'actions détenues en portefeuille, ne constitue pas une cession d'actions » et n'est donc pas soumis à la formalité de l'enregistrement de l'art. 726, 1° CGI ; Rev. sociétés 1988, p. 590, P. Serlooten ; RTD com. 1988, p. 637, n° 2, Y. Reinhard.

3. *La Vie Française* 21 juin 1996.

4. *Les Echos* 15 juin et 30 juin 2009.

5. Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} juill. 1988 (art. 15 II L. 17 juin 1987). Elle permet d'éviter aux minoritaires de perdre une éventuelle minorité de blocage, puisque la modification des statuts qu'implique cette nouvelle condition ne peut pas être adoptée sans leur accord, cf. R.M. JO déb. AN 13 juill. 1987, p. 4069 ; Bull. Joly 1987, p. 625, n° 258.

cice, pour tout ou partie du dividende (ou de l'acompte) mis en distribution. L'offre doit être faite simultanément à tous les actionnaires ¹. Lorsqu'il existe des catégories différentes d'actions, par exemple des actions de préférence, l'assemblée a la faculté de décider que les actions souscrites seront de la même catégorie que les actions ayant donné droit au dividende (ou à l'acompte) (art. L. 232-18, al. 2). Le prix d'émission des actions, qui ne peut être inférieur au nominal, est vérifié par le commissaire aux comptes qui présente, dans les sociétés non cotées, un rapport spécial à l'assemblée générale (art. L. 232-19, al. 1 et 3).

Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le prix d'émission ne peut être inférieur à 90 % de la moyenne des cours cotés aux vingt séances de bourse précédant le jour de la décision de mise en distribution diminuée du montant net du dividende ou des acomptes sur dividende.

Dans les autres sociétés, le prix d'émission est fixé, au choix de la société, soit en divisant le montant de l'actif net calculé d'après le bilan le plus récent par le nombre de titres existant avant l'attribution, soit à dire d'expert désigné en justice (art. L. 232-19, al. 2 et 3).

Quand le montant des dividendes ou des acomptes auquel il a droit ne correspond pas à un nombre entier d'actions, l'actionnaire peut recevoir le nombre d'actions immédiatement inférieur complété d'une soultte en espèces. Il peut également obtenir le nombre d'actions immédiatement supérieur, en versant la différence en numéraire, si l'assemblée générale l'a autorisé (art. L. 232-19, al. 4).

L'option de l'actionnaire ², qui doit porter sur la totalité du dividende qui lui revient, doit intervenir dans le délai fixé par l'assemblée générale, sans que ce délai puisse être supérieur à trois mois à compter de cette assemblée. La demande est accompagnée, le cas échéant, du versement en numéraire correspondant aux rompus (art. L. 232-20, al. 1).

L'opération s'analysant en une *augmentation de capital* réalisée en espèces, et non par compensation de créance ou incorporation de bénéfices au capital ³, est matérialisée, en principe, par un bulletin de souscription (cf. art. L. 225-143, al. 1 et 2) ; mais les formalités sont allégées : l'augmentation de capital est définitivement réalisée du seul fait de la demande de paiement du dividende en actions (art. L. 232-20, al. 1). Et lors de sa première réunion suivant l'expiration du délai fixé par l'assemblée générale, le conseil d'administration (ou le directoire) constate le nombre des actions émises et apporte les modifications statutaires nécessaires (montant du capital, nombre d'actions qui le représentent) sans qu'il y ait lieu de convo-

1. Sur l'information à donner aux actionnaires pour qu'ils soient en mesure d'exercer l'option qui leur est offerte, cf. *Bull. COB* n° 240, oct. 1990, p. 40.

2. En cas de démembrement des actions, seul l'usufruitier peut exercer le choix entre les divers modes de paiement qui lui sont proposés et il est plein propriétaire des actions qu'il a souscrites avec ses dividendes, Com. 3 mars 2009, *JCP E* 2009, 1353, H. Hovasse.

3. *COB, Bull. mensuel* n° 159, mai 1983, p. 5.

quer une assemblée extraordinaire ¹. Sur délégation, le président peut également procéder à ces opérations (art. L. 232-20, al. 3).

301 Régime fiscal des dividendes ◇ Le droit fiscal retient une définition du dividende conforme à celle posée par le Code de commerce ; sont visées comme tels les « distributions de dividendes décidées par l'assemblée générale des actionnaires ou des associés, réunie annuellement pour statuer sur les comptes de l'exercice écoulé ou des distributions d'acompte sur dividendes effectuées avant l'approbation des comptes de l'exercice » ainsi que les acomptes sur dividendes ².

Quant à leur imposition, les dividendes relèvent de la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, et ouvrent droit, en tant que revenu régulièrement distribué, à un régime de faveur.

Ce revenu a longtemps bénéficié d'un crédit d'impôt particulier, l'avoir fiscal, tendant à limiter les effets de la double imposition qui frappait la société distributrice (lors de la réalisation du bénéfice) et l'actionnaire (lors de la perception du dividende), en contrepartie duquel la société distributrice devait parfois acquitter un impôt spécial, le précompte. Ce couple a définitivement vécu et un dispositif de substitution a été mis en place.

Sont visés par le régime préférentiel tous les « revenus distribués » qui résultent « d'une décision régulière des organes compétents » (art. 158-3-2° CGI) et non plus les seuls « dividendes » ³. Sont concernées les sociétés distributrices françaises, mais également les sociétés ayant leur siège dans un État de la Communauté européenne ou dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention en vue d'éviter les doubles impositions comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale ⁴.

Selon le régime fiscal du bénéficiaire, les dividendes mis en distribution sont passibles, soit de l'impôt sur le revenu ⁵ (dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers), soit de l'impôt sur les sociétés.

1. Rappr. le régime applicable aux conversions d'obligations convertibles en actions (*infra*, n° 350) et aux attributions d'actions aux salariés (*infra*, n° 534 s.).

2. CE 26 févr. 2001, *Anzalone*, RJF 5/01, n° 619 ; Dr. fisc. 2001, n° 27, comm. 611 ; Instr. 14 déc. 2001, BOI 4 J-2-01 ; R.M. JO Sén. 13 juin 2002, p. 1405, Bull. Joly 2002, p. 845, n° 190. Com. 28 nov. 2006, *Saurat*, RJF 3/07, n° 357 ; Dr. fisc. 2007, n° 7, comm. 189 ; CAA Douai 2 oct. 2007, *SCS Grenache*, RJF 5/08, n° 554 (un prélèvement sur une réserve non disponible ne constitue pas une distribution régulière). Sur l'acompte, *supra* n° 299.

3. Pour leur part, les distributions irrégulières sont également imposables dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers (selon le barème progressif de l'IRPP pour les personnes physiques, auquel il faut ajouter les prélèvements sociaux de 12,1 %, ou à l'IS pour les personnes morales), mais sont imposés sur 125 % de leur montant (art. 158, 7-2° CGI).

4. Les sociétés doivent donc être passibles, soit de l'IS français (sociétés françaises), même si elles en sont exonérées en application de dispositions particulières (tel est le cas des sociétés d'investissements immobiliers cotées), soit d'un impôt équivalent (sociétés étrangères).

5. Le dispositif mis en place est sans incidence sur le fait que les revenus distribués restent soumis aux prélèvements sociaux (CSG, CRDS, C3S, prélèvement social, contribution RSA) pour un taux global de 12,1 % (les résidents fiscaux étrangers ne sont pas assujettis à ces prélèvements), prélevés à la source (Instr. 1^{er} août 2008, BOI 5 I-6-08).

Concernant les **personnes physiques**, le régime peut se résumer ainsi : le contribuable peut opter pour le prélèvement forfaitaire à la source sur leur montant brut ou inclure ses dividendes dans la déclaration de revenus de l'année « n + 1 ».

- Pour l'inclusion dans la déclaration de revenus de l'année « n + 1 » : application d'un *abattement de 40 %* sur le montant des revenus distribués (art. 158-3-2° CGI) ; application, par ailleurs, d'un *abattement général* annuel de 1 525 € pour un célibataire (3 050 € pour un couple ; art. 158-3-5° CGI ¹⁾ ; enfin imputation d'un *crédit d'impôt* égal au plus à 50 % du montant des revenus distribués et plafonné annuellement à 115 € pour un célibataire (230 € pour un couple ; art. 220 septies CGI ²⁾).

Une personne physique, actionnaire d'une société anonyme française, perçoit un dividende de 10 000 €. On suppose que l'actionnaire, célibataire, est imposable à l'IRPP à la tranche maximale de 40 % (pour les revenus de 2008).

L'impôt dû sur ce dividende se calcule ainsi :

- imputation de l'abattement de 40 % : $10\,000 \times 60\% = 6\,000\text{ €}$;
- imputation de l'abattement général : $6\,000\text{ €} - 1\,525\text{ €} = 4\,475\text{ €}$;
- IRPP théorique : $4\,475 \times 40\% = 1\,790\text{ €}$;
- IRPP effectif après imputation du crédit d'impôt : $1\,790 - 115 = 1\,675\text{ €}$

- Pour le prélèvement forfaitaire libératoire (art. 117 quater CGI) : taxation au taux de 30,1 % (18 % + 12,1 % prélèvements sociaux ³⁾ ⁴⁾.

Une personne physique, actionnaire d'une société anonyme française, perçoit un dividende de 10 000 €. On suppose que l'actionnaire, célibataire, est imposable à l'IRPP à la tranche maximale de 40 % (pour les revenus de 2008).

Le prélèvement forfaitaire dû sur ce dividende se calcule ainsi :

- imputation du prélèvement de 18 % : $10\,000 \times 18\% = 1\,800\text{ €}$ ⁵⁾

1. Cet abattement est ouvert à toutes les distributions bénéficiant de l'abattement de 40 % (même celles faites par des sociétés étrangères) et à tous les bénéficiaires (quelque soit notamment le montant de leur participation dans le capital de la société distributrice).

2. Ce crédit d'impôt bénéficie aux seuls résidents fiscaux français. Il s'impute sur l'IRPP dû pour l'année au titre de laquelle les revenus sont perçus. Si son montant est supérieur à l'impôt dû, la différence est restituée (sauf si elle est inférieure à 8 €).

3. Instr. 1^{er} août 2008, BOI 5 I-5-08.

4. Ce taux s'applique au montant brut des dividendes (sans application de la réfaction de 40 % ni de l'abattement fixe annuel, sans déduction des frais et charges ; pas de bénéfice du crédit d'impôt). Le bénéfice de l'option est exclu pour les contribuables exerçant dans la société distributrice ou une de ses filiales détenues à plus de 50 % une fonction de direction ou une activité salariée et détenteurs lors du paiement des dividendes d'une participation d'au moins 25 % avec les membres de leur famille. L'option est également interdite pour les revenus des titres détenus dans un PEA

5. Le contribuable, quelle que soit l'option retenue, subira à la source un prélèvement de 1 210 € au titre des prélèvements sociaux susmentionnés. L'option pour le prélèvement libératoire n'est intéressante que pour les contribuables les plus aisés (niveau annuel de dividendes de

Concernant les personnes morales, qui n'ont pas la qualité de « sociétés mères »¹, le nouveau régime ne prévoit aucune mesure de faveur : les revenus distribués, régulièrement ou pas, sont imposés comme un produit ordinaire².

B. Le droit à une part de l'actif social

302 Pendant la vie de la société ◇ Lorsque la société augmente son capital en numéraire, les actionnaires disposent d'un droit préférentiel de souscription aux actions nouvelles (art. L. 225-132). Ce droit préférentiel est destiné à réparer le préjudice que tout actionnaire subit du fait de l'augmentation de capital, qu'il s'agisse de la dilution de ses droits sur les réserves, du partage des bénéfices entre un nombre plus important de titulaires, et même des risques « politiques » liés à l'entrée de nouveaux associés³ (v. *infra*, n^{os} 556 s.).

En outre, les actions nouvelles seront émises au-dessus du pair, avec une prime d'émission, lorsque des réserves auront été constituées. La prime permet notamment de compenser l'avantage consenti aux titulaires d'actions nouvelles, qui acquièrent des droits sur les bénéfices mis en réserve (*infra*, n^o 555).

303 À la dissolution de la société ◇ Lorsque le passif est réglé, l'actif réalisé, et s'il reste une somme d'argent au moins égale au montant du capital social, chaque actionnaire reçoit une part égale au nominal de chaque action, non amortie, qu'il détient⁴.

39 400 € pour un contribuable marié imposé au taux de 40 %) ; par ailleurs, elle peut avoir un impact défavorable pour l'application du « bouclier fiscal » (*infra* n^o 420 ; *FR Lefebvre*, 4-08, n^o 7, p. 8).

1. Sur le régime des sociétés « mères », *infra* n^o 666-1.

2. Les actionnaires non-résidents fiscaux français, personnes physiques ou morales (concernant les sociétés « mères » situées dans un autre État membre de la Communauté européenne, *infra* n^o 666-1), sont en principe soumis à une retenue à la source de 18 % (art. 119 bis 2 et 187-1 CGI). Mais les exceptions ou dérogations sont nombreuses (la plupart des conventions fiscales bilatérales prévoient soit un taux réduit soit une exonération de cette retenue). Surtout, cette retenue à la source, contraire au principe communautaire de la liberté d'établissement (CE 6 avr. 2007, *Sté DenkaVit International BV et Sté DenkaVit France* : *RJF* 7/07, n^o 807) n'est pas applicable aux distributions effectuées à une société mère européenne lorsque cette dernière ne peut l'imputer dans cet État de résidence (Instr. 10 mai 2007, *BOI* 4C-7-07 ; 12 juin 2007, *BOI* 4C-8-07). Elle est également jugée contraire à la libre circulation des capitaux (CE 13 févr. 2009, *Sté Stichting Unilever Pensioenfonds Progress*, *RJF* 5/09, n^o 444).

3. A. Couret, *Le développement du droit préférentiel de souscription de l'actionnaire en droit comparé*, *Rev. sociétés* 1979, p. 505, spéc. n^o 3.

4. S'il existe encore des actions à dividende prioritaire sans droit de vote, leur remboursement doit s'effectuer avant celui des actions ordinaires (art. L. 237-30). De même, il peut être prévu en cas d'émission d'actions de préférence qu'à la liquidation le montant nominal de ces actions sera remboursé avant celui des actions ordinaires.

Quant à l'éventuel *boni* de liquidation, il est réparti entre les actionnaires dans les mêmes proportions que leur participation au capital social, sauf clause contraire des statuts (art. L. 237-29).

§ 2. Les droits extra-pécuniaires de l'actionnaire

304 Droit d'information ◇ Le droit d'information de l'actionnaire, qui est permanent, s'exerce surtout avant la tenue des assemblées générales (*infra*, n°s 461 s.). Les commissaires aux comptes jouent un rôle décisif dans la qualité de l'information relative aux comptes sociaux (*infra*, n° 512) et lorsque la société fait une offre au public, une surveillance efficace est assurée par l'AMF (*infra*, n°s 525 s.).

Seuls seront envisagés ici, le droit de faire partie de la société (A), le droit de vote (B) et le droit de céder ses actions (C).

A. Le droit de faire partie de la société

305 Le principe et ses tempéraments ◇ L'actionnaire a un droit fondamental, celui de rester associé ¹. Il ne peut pas être expulsé de la société par les dirigeants ou par une décision de l'assemblée générale ².

Toutefois, dans certaines hypothèses exceptionnelles, les actionnaires peuvent se trouver exclus de la société :

– L'exclusion sanctionne la *faute* d'un actionnaire qui n'a pas libéré ses actions et qui s'est ainsi exposé à la procédure d'exécution en bourse (art. L. 228-27, *supra*, n° 260) ; ou celui qui n'a pas présenté ses actions pour une opération d'échange, de regroupement ou de conversion de ses titres (art. L. 228-6) ; ou encore celui qui n'avait pas inscrit ses titres en compte dans le cadre de la dématérialisation (art. 94-II L. 30 déc. 1981 ; art. 13 D. 83-359 du 2 mai 1983 ; D. 21 mai 1992, *supra*, n° 272 *in fine*) ³.

1. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1998, p. 904 ; B. Caillaud, *L'exclusion d'un associé dans les sociétés*, préf. J. Derruppé, Sirey 1966 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, *L'exclusion d'un associé*, *Dr. sociétés* oct. 1996, n° 14 ; S. Dariosecq et N. Métais, *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés*, *Bull. Joly* 1998, p. 908, n° 286 ; J.-J. Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, *Rev. sociétés* 1999, p. 535 ; cf. égal. Paris 21 déc. 1983, *Dr. sociétés*, 1984, n° 74. V. cependant Reims 24 avr. 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1990, 77, Y.G. ; *RTD com.* 1989, p. 683, n° 3, Y. Reinhard ; *Gaz. Pal.* 1989, II, somm. 431, P. de Fontbressin.

2. Voyez cependant pour les sociétés à capital variable (art. L. 231-6, al. 2), le contrôle judiciaire qui ne peut pas être limité, Com. 21 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 40, n° 10, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1998, p. 169, B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. sociétés* 1998, n° 1, p. 3, D. Vidal et n° 1, p. 10, Th. Bonneau. Sur le contrôle de l'exclusion d'un coopérateur, Civ. 1^{re}, 5 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 91, n° 20 ; G. Gourlay ; *Dr. sociétés* 1992, n° 18, H. Le Nabasque ; T. com. Paris 22 févr. 1993, *RTD com.* 1993, p. 677, E. Alfandari et M. Jeantin. Cf. égal. *supra*, n° 9.

3. B. Losfeld, *Le sort des actions délaissées*, *Bull. Joly* 2004, p. 1323, n° 266.

– Lorsque la société *réduit son capital social* en diminuant le nombre des actions, les actionnaires qui ne possèdent pas le nombre minimum d'actions anciennes pour obtenir une action nouvelle, se trouvent exclus de la société dès lors qu'ils n'augmentent pas leurs engagements dans la société (*infra*, n^{os} 571, 572).

– Lorsque le redressement judiciaire de l'entreprise le requiert, le tribunal peut ordonner la cession des actions d'un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait, le prix de cession étant fixé à dire d'expert (art. L. 631-19-1, al. 2) ¹. Si les dirigeants sont frappés de la faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise, le tribunal peut leur enjoindre de céder leurs actions ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise (art. L. 653-9, al. 2 C. com.).

– Toute société par actions est autorisée à mettre en vente les titres nouveaux résultant d'une opération financière et dont les titulaires ne se sont pas manifestés (art. L. 228-6 ; *cf.* art. R. 228-11, R. 228-12) ².

– Les titres dont les titulaires, malgré le respect des formalités de convocation aux assemblées générales, sont inconnus du teneur de compte ou n'ont pas été atteints par les convocations *depuis dix années* révolues, peuvent être vendus selon la procédure prévue à l'article L. 228-6 (*cf.* art. L. 228-6-3). Cette vente des **titres en déshérence**, qui s'effectue soit en bourse soit aux enchères publiques (art. R. 228-12), a lieu à l'expiration d'un délai d'un an, à compter de la publicité prévue à cet article, à condition que le teneur de compte ait, pendant ce délai, accompli toutes les diligences nécessaires pour entrer en contact avec les titulaires ou leurs ayants droit (art. L. 228-6-3 ; R. 228-11). Cette disposition introduite par l'ordonnance du 24 juin 2004 tend à simplifier la situation de l'émetteur lorsque les porteurs sont demeurés inconnus ou inactifs ³.

– Lorsque la société cotée en bourse met en œuvre la procédure d'exclusion forcée (*squeeze-out* ; *infra*, n° 651-2).

– Enfin, les décisions de *nationalisation* ont pour effet d'exclure les actionnaires de la société, moyennant une indemnisation juste et préalable, au profit d'un actionnaire unique, l'État (art. 17 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen).

En dehors de ces hypothèses, toute mesure qui aboutirait à l'exclusion d'un actionnaire devrait être annulée.

On peut cependant s'interroger sur la validité de clauses statutaires de rachat permettant à un organe de la société d'imposer à un actionnaire le rachat de ses

1. Ce dispositif, très redouté, a été supprimé en matière de sauvegarde par l'ord. du 18 déc. 2008, afin de rendre cette procédure plus attractive (*cf.* anc. art. L. 626-4). J.-M. de Bermond de Vaulx, *Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaires*, *Rev. sociétés* 1990, p. 221. Com. 19 févr. 2008, *JCP E* 2008, 2062, n° 4 et 14, Ph. Pétel (incidence d'une démission non publiée).

2. G. Parléani, *Les actions délaissées*, *Rev. sociétés* 1999, p. 715.

3. J. F. Carré et S. Bol, *La mise en vente d'actions en déshérence*, *Bull. Joly* 2009, p. 328, n° 64.

titres (cas d'exclusion précisés avec soin, garantie d'un juste prix des actions rachetées) ¹. La disposition peut être très utile lorsque l'actionnaire, personne morale, fait l'objet d'une prise de contrôle par un concurrent. Elle peut également permettre d'éviter un risque de blocage de la société ou de dissolution ². Certaines cours d'appel en admettent la validité ³. La Chambre commerciale de la Cour de cassation n'a eu l'occasion de se prononcer nettement en faveur de la validité de la clause d'exclusion qu'à propos d'une société en nom collectif : « *il est possible et licite de prévoir dans les statuts, qui constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire d'un associé lui fera perdre cette qualité, dès lors que lui est due la valeur des droits dont il est ainsi privé pour un motif qui est en l'occurrence conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public* » ⁴. Pour la SAS, cf. *infra*, n° 595-16 s.

1. Cf. J.-P. Storck, *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, 233 ; D. Martin, *L'exclusion d'un actionnaire*, Rapport au colloque *Droit et Commerce* 1990, *Stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, in *RJ com. nov.* 1990, p. 94 ; H. Le Nabasque, *Agrément de cession d'actions et exclusion d'actionnaires*, *RJDA* 1995, p. 200 ; T. Tilquin, *Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé* in *Rev. pratique (belge) des sociétés* 1991, n° 6560 ; I. Krimmer, *La clause de rachat*, *JCP E* 1993, I, 223 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, *À propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis*, *Dr. sociétés avr.* 1993, p. 1. Rappr. pour les sociétés civiles, art. 1860 C. civ. ; Civ. 3e, 9 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 385, n° 79 et p. 436, n° 90, F.X. Lucas (élimination de l'associé de société civile « failli » ou « déconfit »). V. *infra*, n° 321 ; Versailles 31 mai 1989, *Dr. sociétés*, nov. 1989, n° 341, p. 8 ; *RTD com.* 1990, p. 55, n° 4, E. Alfandari et M. Jeantin (exclusion d'un associé d'une SCP d'huissiers de justice) ; Paris 20 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 450, n° 144, B. Saintourens (SCP d'avocats). Pour les associations, Civ. 1^{re}, 19 mars 2002 (*Centres Distributeurs E. Leclerc*), *Dr. sociétés* 2002, n° 107, F.X. Lucas (droits de la défense).

2. Rappr. sur l'impossibilité d'obliger l'associé, dont la demande en dissolution pour mésentente est rejetée, à céder ses parts, Toulouse, 10 juin 1999, *JCP E* 2000, p. 1620, J.-J. Daigre.

3. Paris 27 mars 2001 (*Témoignage Chrétien*) *Bull. Joly* 2002, p. 89, n° 18, H. Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 2002, n° 14, F.X. Lucas (nécessaire unanimité des actionnaires pour insérer la clause dans les statuts). Rouen 8 févr. 1974, *Rev. sociétés* 1974, 507, R. Rodière ; *RTD com.* 1974, p. 291, n° 3, R. Houin ; Aix 26 juin 1984, *D.* 1985, p. 372, J. Mestre. *Addé* Reims 24 avr. 1989, *préc.*, admettant même l'exclusion en dehors de toute prévision statutaire ; Orléans 26 sept. 1989, *Dr. sociétés* juin 1990, n° 163 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 644, Y.G. ; Paris 12 déc. 1990, *D.* 1992, somm. 178, J. Cl. Bousquet et G. Bugéja. Rappr. TGI Paris 25 mai 1989, *Dr. sociétés* 1990, n° 128 (engagement irrévocable de rétrocession d'actions en cas de cessation des fonctions) ; V. cependant en faveur de la nullité de la clause de rachat, T. com. Versailles 2 mai 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 615, n° 222, Y. Sexer ; *Rev. dr. bancaire* 1989, 214, M. Jeantin et A. Viandier.

4. Com. 8 mars 2005, *D.* 2005, p. 839, A. Lienhard ; *JCP E* 2005, 1046, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Bull. Joly* 2005, p. 995, n° 237, P. Le Cannu. V. également, dans un sens plutôt favorable, l'arrêt *Midi Libre*, Com. 13 déc. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 152, n° 39, P. Le Cannu ; *Rev. Sociétés* 1995, p. 298, D. Randoux ; *JCP E* 1995, I, 447, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain et II, 705, Y. Paclot ; *Dr. sociétés* 1995, n° 37, D. Vidal. Cf. égal. L. Faugérolas, *Les moyens de défense face à une acquisition indirecte d'actions*, *JCP E* 1995, I, 483 ; H. Le Nabasque, *Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires*, *RJDA* 1995, p. 200. Le rapport Marini était favorable à une exclusion pour justes motifs, p. 71. Rappr. sur les clauses alternatives (*clauses buy or sell*), T. com. Paris 17 oct. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 72, n° 7, F. X. Lucas ; Paris 21 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 509, n° 110, H. Le Nabasque. Cf. égal. P. Mousseron, *La sanction de l'altération des liens d'alliance du membre d'un groupement*, *JCP E* 2006, 1607. Pour la SAS, cf. *infra*, n° 595-16.

B. Le droit de vote ¹

306 Nature juridique ◇ Le droit de vote est l'un des droits individuels les plus importants de l'actionnaire, qui lui permet de participer aux décisions collectives. La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer dans l'affaire du *Château d'Yquem*, au visa de l'article 1844 du Code civil, « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions* » ². La solution a été précisée plus récemment toujours sous le même visa : « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi* » ³. La doctrine l'a longtemps considéré comme « *l'une des vaches sacrées du droit des sociétés* » ⁴. Selon le Code de commerce, les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées (art. L. 235-2-1) ⁵.

Les actionnaires ont la liberté de voter ou de ne pas voter ⁶. Cependant, les **sociétés de gestion de portefeuille** ont l'obligation d'exercer dans les A. G. d'actionnaires les droits de vote des actions détenues par les OPCVM qu'elles gèrent dans l'intérêt exclusif des actionnaires ou des porteurs de parts de ces fonds ou, lorsqu'elles n'exercent pas ces droits de vote, d'expliquer à ceux-ci leurs motifs (art. L. 553-4, 8 C. mon. et art. 322-75 s. Règl. gén. AMF) ⁷.

1. P. Ledoux, *Le droit de vote des actionnaires*, LGDJ 2002, préf. Ph. Merle ; J.-P. Valuet, *Droit de vote en assemblée générale d'actionnaires : régime actuel et perspectives d'évolution*, Dr. et patr. nov. 1997, p. 28 ; A. V. Le Fur, « Concilier l'inconciliable » : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire, D. 2008, p. 2015.

2. Com. 9 févr. 1999, JCP E 1999, p. 724, Y. Guyon ; Bull. Joly 1999, p. 566, n° 122, J.-J. Daigre ; Rev. sociétés 1999, p. 81, P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1999, n° 67, Th. Bonneau ; J.-J. Daigre, *Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ?* JCP E 1996, I, 575 ; H. Hovasse, *Coup d'arrêt à la « désacralisation » du droit de vote ?* Dr. sociétés, mai 1999, p. 3 ; S. Castagne, « Vote » en faveur du droit de vote, Dr. sociétés, oct. 2000, p. 6.

3. Décision rendue à propos d'une SAS, Com. 23 oct. 2007, JCP E 2007, 2433, A. Viandier ; id. 2008, 1280, n° 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; JCP G. 2008, II, 10197, D. Bureau ; Bull. Joly 2008, p. 101, n° 23, D. Schmidt ; Rev. Sociétés 2007, p. 814, P. Le Cannu ; D. 2007, p. 2726, A. Lienhard ; id. 2008, p. 47, Y. Paclot ; Dr. sociétés 2007, n° 219, H. Hovasse ; RJDA 2008, p. 3, J. Ph. Dom ; p. 9, rapport B. Petit ; J. Paillusseau, *La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote*, D. 2008, p. 1563 ; R. Kaddouch, *L'irréductible droit de vote de l'associé*, JCP E 2008, 1549.

4. A. Viandier, in *Observations sur les conventions de vote*, JCP E 1986, 15405.

5. La loi de sécurité financière du 2 août 2003 a supprimé les sanctions pénales initialement prévues et la loi du 31 mars 2006 sur les OPA a remplacé la nullité obligatoire par une nullité facultative, qui ne devrait pas être prononcée en cas de simple irrégularité formelle, sans incidence sur le résultat du vote.

6. La Commission européenne a présenté le 10 janv. 2006 une proposition de directive tendant à faciliter l'exercice transfrontalier des droits des actionnaires dans les sociétés cotées par des normes minimales.

7. N. Cuzacq, *Le vote des gestionnaires d'OPCVM*, Rev. sociétés 2006, p. 491 ; M. Storck, *RTD com.* 2005, p. 558. Les assemblées de 2007 ont montré que le vote entraine dans les mœurs des gestionnaires (*Les Échos*, 28 mai 2007)..

Après avoir indiqué ce qu'est le principe de proportionnalité, il conviendra d'envisager les atteintes qui peuvent lui être portées, allant même jusqu'à la suppression du droit de vote.

a. Le principe de proportionnalité ¹

- 307 **À capital égal, vote égal** ◇ Selon l'article L. 225-122, le droit de vote attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital représentée et chaque action donne droit à une voix au moins. Toute clause contraire est réputée non écrite. La règle s'applique à toutes les actions, qu'elles soient de capital ou de jouissance. Donc, s'il existe dans la société des actions au nominal de 50 € et d'autres au nominal de 100 €, les premières donneront droit à une voix et les secondes à deux voix.

b. Les atteintes au principe de proportionnalité

- 308 **Limitation du nombre de voix** ² ◇ La loi permet que les statuts limitent le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, à condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions, sans distinction de catégorie (art. L. 225-125, al. 1^{er}). Cette faculté, qui était destinée à l'origine à protéger les petits porteurs, était rarement utilisée en pratique. Actuellement, elle est employée par les grandes sociétés à l'actionnariat dispersé comme moyen de défense anti-OPA (V. *infra*, n° 651 et art. L. 225-125, al. 2) ³.

C'est ainsi que les statuts de *Danone* prévoient qu'en A. G. aucun actionnaire ne peut exprimer, par lui-même et par mandataire, au titre des droits de vote simple attachés aux actions qu'il détient directement et indirectement et aux pouvoirs qui lui sont donnés, plus de 6 % du nombre total des droits de vote attachés aux actions de la société. Toutefois, s'il dispose en outre, à titre personnel et/ou comme mandataire, de droits de vote double, la limite ainsi fixée pourra être dépassée en tenant compte exclusivement des droits de vote supplémentaires qui en résultent, sans que l'ensemble des droits de vote qu'il exprime ne puisse excéder 12 % du nombre total des droits de vote attachés aux actions de la société. Cependant, pour les droits de vote exprimés par le président de l'A. G., ne sont pas pris en compte dans les limitations prévues ci-dessus, les droits de vote qui sont attachés à des actions pour lesquelles une procuration a été retournée à la société sans indication de mandataire et qui, individuellement, n'enfreignent pas les limitations prévues.

Les limitations prévues ci-dessus deviennent caduques dès lors qu'une personne physique ou morale, seule ou de concert, vient à détenir au moins les deux tiers du

1. Cf. C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, Thèse Paris II, 1997 ; C. Koering, *La règle « une action — une voix »*, Thèse dactyl., Paris I, 2000 ; X. Boucobza, *La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux*, *Droit bancaire et financier*, Mélanges AEDBF III, 2001, p. 45.

2. A. Couret, *Le plafonnement du droit de vote dans les sociétés anonymes*, *Dr. et patr.* 2/1993, p. 50 ; D. Schmidt, *Plafonnement du droit de vote et OPA*, *Rev. dr. bancaire* 1994, p. 151 ; Montpellier 17 déc. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 649, n° 180, P. Le Cannu et A. Couret (aff. *Midi-Libre*) ; Versailles 8 juill. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1024, n° 298, P. Le Cannu.

3. R. Kaddouch, *La clause statutaire de plafonnement des voix*, *JCP E* 2005, 620.

nombre total des actions de la société, à la suite d'une procédure publique visant la totalité des actions de la société (V. égal. *infra*, n° 651).

309 Augmentation du nombre de voix ◇ Pendant longtemps les *actions à vote plural* ont permis à un groupe d'actionnaires, généralement les fondateurs de la société, de garder le contrôle des assemblées générales, en invoquant la nécessité de se prémunir contre une mainmise étrangère ¹. Il fallut attendre la loi du 13 novembre 1933 pour que soit posée la règle d'ordre public de la proportionnalité et que soient supprimées les actions offrant souvent chacune plusieurs dizaines de voix.

La loi, limitant les atteintes au principe d'égalité entre actionnaires, permet désormais seulement la création d'actions à droit de vote double ². Cette faculté offerte aux sociétés, permet de récompenser les actionnaires fidèles et elle est également un bon moyen de se prémunir contre une prise de contrôle inamicale (*infra*, n° 651). Les conditions de création des actions à vote double sont les suivantes (art. L. 225-123) :

1) Le droit de vote double peut être attribué par les statuts ou par une assemblée générale extraordinaire ³. Il joue en principe pour toute assemblée.

2) Les actions doivent être entièrement libérées et le droit de vote double ne peut être accordé qu'aux actions pour lesquelles il est justifié d'une *inscription nominative depuis deux ans au moins* au nom d'un même actionnaire ⁴.

Cependant, en cas de rachat d'une entreprise par ses salariés (RES) les actions de la société nouvelle peuvent bénéficier d'un droit de vote double dès leur émission (art. 220 quater A-I CGI inséré par la loi du 17 juin 1987 sur l'épargne) ⁵.

En cas d'augmentation du capital par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, le droit de vote double peut être conféré, dès leur émission, aux actions nominatives attribuées gratuitement à un actionnaire à raison d'actions anciennes pour lesquelles il bénéficie de ce droit (art. L. 225-123, al. 2).

S'il y a fusion ou scission de sociétés, le droit de vote double peut être exercé au sein de la ou des sociétés bénéficiaires, dès lors que les statuts de celle(s)-ci l'ont institué (art. L. 225-124 al. 2).

Le droit de vote double cesse automatiquement lorsque l'action est convertie en action au porteur ou transférée en propriété (art. L. 225-124, al. 1).

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

1. Sur l'histoire de ces actions à vote plural, v. G. Ripert et R. Roblot, n° 1550.

2. V. cependant pour les SAS, *infra* n° 595-10.

3. Les conditions d'attribution du droit de vote double doivent faire l'objet d'une publicité (art. R. 210-4 et R. 123-108).

4. Certaines sociétés prévoient un délai plus long, ce que le texte permet (R.M. JO déb. AN 5 déc. 1973, p. 6599 ; *Rev. sociétés* 1974, p. 187).

5. Cf. Y. Reinhard, in *RTD com.* 1987, p. 517, n° 2.

au degré successible, ainsi que le transfert par suite de fusion ou de scission d'une société actionnaire, sauf disposition contraire des statuts de la société attribuant les droits de vote double, ne fait pas perdre le droit acquis et n'interrompt pas les délais prévus audit article (al. 1^{er} nouv.).

3) Une condition supplémentaire peut être ajoutée par les statuts, consistant à réserver le droit de vote double aux actionnaires de nationalité française et aux ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne (ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen, art. L. 225-123, al. 3).

La Commission européenne s'est interrogée sur la nécessité d'imposer à toutes les sociétés cotées le respect de la règle « *une action = une voix* » souhaitant établir une véritable démocratie des actionnaires dans le cadre d'une meilleure gouvernance, ce qui entraînerait en France l'interdiction du vote double ¹. La Chambre de commerce et d'industrie de Paris s'est fortement opposée à cette piste de réforme qui rendrait les sociétés cotées européennes plus vulnérables que les sociétés U. S. et faciliterait les prises de contrôle par les fonds étrangers ².

C. La suppression du droit de vote ³

310 Les actions de préférence ◇ Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 sur la réforme des valeurs mobilières et le décret d'application du 10 février 2005, il est possible de créer des actions de préférence sans droit de vote. Plus précisément, aux termes de l'article L. 228-11, alinéa 2, « *le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé* » (supra n° 290) ⁴. La suppression du droit de vote, droit être assortie d'une contrepartie financière, sinon il n'y aurait pas de préférence par rapport aux actions ordinaires (cf. en ce sens art. L. 228-11, al. 1^{er} : « actions assorties de droits particuliers de toute nature »). De tels titres permettent aux dirigeants d'augmenter le capital social sans risquer un renversement de majorité ; et ce développement du capital non votant rend plus difficile une prise de contrôle hostile (infra, n° 651) ⁵.

1. Rappr. M. Storck et Th. De Ravel d'Esclapon, *Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ?*, Bull. Joly 2009, p. 90, n° 21.

2. Sur ce Rapport Norguet, adopté par la CCIP le 24 mai 2007, cf. A. Outin-Adam et S. Bienvenu, JCP E 2007, Act. 432.

3. A. V. Le Fur, « Concilier l'inconciliable » : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire, D. 2008, p. 2015.

4. Les actions sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social. Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée (al. 3 et 4).

5. Ces actions de préférence sans droit de vote offrent beaucoup plus de souplesse que les actions à dividende prioritaire sans droit de vote qui avaient été créées par la loi du 15 juill. 1978 et qui sont désormais en voie d'extinction (cf. art. L. 228-29-8).

311 La suppression en cas de conflit d'intérêts ◇ Si le principe est que tout actionnaire a le droit de vote en assemblée générale, le législateur a estimé que dans certaines hypothèses exceptionnelles, où l'associé risque d'être en *conflit d'intérêts* avec la société, il devait être privé de son droit de vote, ne pouvant être à la fois juge et partie.

Cette suppression du droit de vote ne peut résulter que d'une disposition expresse de la loi. Bien entendu, elle ne s'applique que pour la résolution en cause, et le quorum et la majorité doivent être calculés en fonction de cette suspension du droit de vote (v. par ex. art. L. 225-40, al. 4).

Les principaux cas de suspension du droit de vote sont les suivants : lorsqu'un administrateur, un directeur général ou un actionnaire disposant de plus de 10 % des droits de vote a conclu directement ou indirectement une convention avec la société, il ne peut pas participer au vote de l'assemblée générale sur l'approbation de cette convention (art. L. 225-40, al. 4. ; *infra*, n° 401) ; il en va de même lorsqu'une convention est conclue entre la société et l'un des membres du directoire ou du conseil de surveillance (art. L. 225-88, al. 4. ; *infra*, n° 452).

L'apporteur en nature, tout comme le bénéficiaire d'un avantage particulier, ne peut pas participer au vote concernant la vérification de son apport ou de l'avantage qui lui est consenti (art. L. 225-10 ; L. 225-147. ; *supra*, n° 265).

Lorsque dans les deux ans de son immatriculation, la société acquiert un bien appartenant à un actionnaire et dont la valeur est au moins égale à un dixième du capital social, l'AGO doit statuer sur l'évaluation du bien, à peine de nullité de l'acquisition. Mais l'actionnaire vendeur n'a pas voix délibérative (art. L. 225-101, al. 2) ¹.

En cas d'augmentation de capital, les bénéficiaires d'une suppression du droit préférentiel de souscription ne peuvent pas prendre part au vote décidant cette suppression (art. L. 225-138, *infra*, n° 559).

La société qui est titulaire de ses propres actions ne peut pas participer aux votes (art. L. 225-111, *supra*, n°s 280 s.). Depuis le 1^{er} juillet 1991, toutes les actions d'autocontrôle sont privées du droit de vote (art. L. 233-31, *infra*, n° 663).

En cas de redressement judiciaire de la société, le tribunal de commerce peut décider, lorsque la survie de l'entreprise le requiert, que le droit de vote attaché aux actions détenues par les dirigeants de droit ou de fait sera exercé par un mandataire de justice désigné à cet effet (art. L. 631-19-1 al. 2 nouv.). Cette mesure permet d'éviter que les actionnaires majoritaires fassent obstacle à l'adoption d'un plan de redressement.

312 La suppression à titre de sanction ◇ Si l'actionnaire n'exécute pas ses obligations, la loi, à titre de sanction, le prive de son droit de vote pour toutes les assemblées, quelle que soit leur nature. La sanction ne peut émaner que d'un texte légal : elle ne pourrait être prévue par les statuts ou résulter de la décision d'un organe social.

Ainsi en va-t-il pour les actions non libérées des versements exigibles (art. L. 228-29 et R. 228-26 ; *supra*, n° 260) ; les actions non regroupées (art. 3

1. Cf. J. Bardoul, *L'achat d'un bien important à un actionnaire, par une société anonyme, moins de deux ans après sa constitution*, *Rev. sociétés* 1983, 285.

L. 10 juillet 1964 ; art. 6 D. 30 octobre 1948) ; les actions au porteur n'ayant pas fait l'objet d'une inscription en compte (art. 94 L. 30 déc. 1981, *supra*, n° 272) ; les actions qui doivent être aliénées en application des dispositions sur les participations réciproques (art. L. 233-30, *infra*, n° 662).

Les actions des sociétés cotées, excédant la fraction qui aurait dû être déclarée en cas de franchissement de seuil (art. L. 233-7) sont privées du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendra jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification (art. L. 233-14, *infra*, n° 660) ¹.

Depuis la loi NRE, si l'auteur d'une offre publique ne se rend pas à la réunion du comité d'entreprise à laquelle il a été invité, il ne peut exercer ses droits de vote ni dans la société cible ni dans les filiales (*cf.* art. L. 2323-23 C. trav.). Le vote ou le pouvoir émis par un intermédiaire qui ne s'est pas déclaré comme tel ou n'a pas révélé l'identité des propriétaires des titres ne peut être pris en compte (*cf.* art. L. 228-3-2, al. 3 et L. 228-3-3 ; *supra* n° 272). Les transactions sur instruments financiers faisant l'objet d'une offre publique ne peuvent être réalisées que sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Les détenteurs d'instruments financiers acquis en violation de ces dispositions sont privés du droit de vote pour toute assemblée d'actionnaires qui se tiendrait avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de l'acquisition (*cf.* art. L. 421-13 C. mon.).

Pour plus d'efficacité, cette sanction peut s'accompagner d'une suspension du droit aux dividendes.

Lorsque la société est soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, les dirigeants sociaux qui ont été frappés de faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger sont privés du droit de vote. Ce droit est alors exercé par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet, à la requête de l'administrateur, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan (art. L. 653-9, al. 1^{er}).

d. La renonciation au droit de vote

313 Principe ◇ Le droit de vote, droit essentiel de l'actionnaire, doit s'exercer librement mais sans abus, ni de majorité, ni de minorité (*infra*, n° 578 et n° 581) en assemblée générale. Toute atteinte portée à ce principe, qu'elle soit directe ou indirecte, est regardée avec beaucoup de suspicion.

C'est ainsi qu'un actionnaire ne peut pas céder son droit de vote en le séparant de son titre ² ou renoncer de façon irrévocable à son droit ³. En revanche, la licéité de la pratique des *mandats en blanc* n'est pas douteuse : le mandat peut toujours être révoqué et l'actionnaire est parfaitement informé (*infra*, n° 470). Beaucoup plus délicate est la question de la validité des conventions de vote.

1. Paris 18 nov. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 231, n° 37, H. Le Nabasque ; *Rev. sociétés* 2004, p. 120, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2004, n° 30, Th. Bonneau (pas de régularisation).

2. Civ. 7 avr. 1932, *DP* 1933, I, 153, P. Cordonnier. Sur le transfert du droit de vote, *cf.* rapport M. Germain, *colloque Droit et Commerce* 1990, in *RJ com.* nov. 1990, p. 135.

3. Com. 17 juin 1974, *Rev. sociétés* 1977, 84, D. Randoux ; *RTD com.* 1975, p. 534, n° 8, R. Houin, annulant une cession d'actions contenant un mandat irrévocable conféré par le cessionnaire au cédant d'exercer en son lieu et place, tous les droits attachés à la propriété des titres vendus en vue de permettre au cédant de continuer jusqu'à sa mort à administrer la société comme avant la cession. Il a été jugé qu'un tel mandat privait le cessionnaire de ses droits essentiels et notamment de sa liberté de vote.

314 Conventions de vote ◇ Les conventions de vote n'apparaissent au grand jour que rarement. Le plus souvent, elles restent occultes, leurs signataires doutant de leur validité. Il faut qu'un conflit aigu surgisse pour que leur licéité soit soumise à l'appréciation des juges.

En pratique, elles répondent à des considérations très variées, tantôt purement égoïstes, tantôt liées à des préoccupations de bon fonctionnement de la société.

Un dirigeant ne cède la quasi-totalité de ses actions qu'à la condition que le cessionnaire vote pour lui comme administrateur ; les frères et sœurs détenant la majorité des voix dans la société de famille conviennent de se réunir préalablement à chaque assemblée générale pour arrêter une position commune, à la majorité ou à l'unanimité.

À l'occasion d'un regroupement de sociétés, d'un renflouement ou d'un portage d'actions, des accords préliminaires sont passés, portant sur les votes à intervenir dans les assemblées des sociétés concernées. Ou encore, lors de la constitution d'une filiale commune, les sociétés participantes prévoient, dans un protocole d'accord, une répartition égalitaire des sièges d'administrateurs...

Sous l'empire de la loi de 1867, la jurisprudence condamnait les conventions sur le droit de vote lorsqu'elles portaient une atteinte grave à l'exercice du droit ¹. Un décret-loi du 31 août 1937, inséré dans une loi du 13 novembre 1933, était venu décider péremptoirement ² qu'étaient nulles et de nul effet dans leurs dispositions principales et accessoires, les clauses ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte au libre exercice du droit de vote dans les assemblées générales des sociétés commerciales. Le législateur, en 1966 (par inadvertance ou par prudence ?) ne s'est pas prononcé. On trouve simplement dans le texte d'origine du 24 juillet 1966 une disposition d'ordre pénal qui punit de peines correctionnelles (deux ans d'emprisonnement ou/et amende de 9 000 €) ceux qui se seront fait accorder, garantir ou promettre des *avantages pour voter* dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que ceux qui auront accordé, garanti ou promis ces avantages (art. L. 242-9, 3^o) ³.

En dehors de cette hypothèse exceptionnelle « d'achat de voix », il convient donc de se reporter à la jurisprudence qui, pour distinguer entre les « bonnes » et les « mauvaises » conventions, tient compte d'une part de la gravité de l'atteinte portée à la liberté de vote, et d'autre part de l'intérêt que la clause peut présenter pour le fonctionnement de la société ⁴. La

1. G. Ripert et R. Roblot, n° 1609.

2. V. Ch. Freyria, *Étude de la jurisprudence sur les conventions portant atteinte à la liberté de vote dans les sociétés*, RTD com. 1951 p. 419 ; J. Foyer, *Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit français*, in Trav. Association H. Capitant, T. X, p. 231, Dalloz 1959.

3. Cf. M. Riou, *La protection pénale du droit de vote des actionnaires*, in *Le droit pénal spécial des sociétés anonymes*, Études de droit commercial sous la direction de J. Hamel, Dalloz 1955, p. 325. Rappr. sur la menace d'un père de révoquer sa donation pour cause d'ingratitude si les donataires ne votaient pas la prorogation de la société, Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 360, n° 107, G. Lesguillier.

4. A. Constantin, *Réflexions sur la validité des conventions de vote*, in *Mélanges J. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 253.

reconnaissance de la validité des conventions de vote dans les groupes de sociétés par la loi du 12 juillet 1985 (art. L. 233-3, I, 2° et L. 233-16, II, 3 ; v. *infra*, n°s 643, 664. *Adde* art. L. 233-10 sur l'*action de concert*, *infra*, n° 660-1) devrait cependant favoriser le développement d'un courant jurisprudentiel plus favorable à de tels accords ¹.

La SAS, grâce à la grande liberté qu'elle offre aux rédacteurs de ses statuts (*infra*, n°s 595-1 s.) permet de limiter le recours aux conventions de vote extra-statutaires. Cependant, celles-ci conservent tout leur intérêt lorsque les associés recherchent la discrétion.

– Sont considérées comme *nulles* les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage par avance à voter dans tel ou tel sens. Ces engagements sont fréquents à l'occasion de cessions d'actions ². L'acquéreur promet par exemple au cédant d'assurer la pérennité de la société ³ ou il s'engage à voter en faveur de celui-ci pour un poste d'administrateur ⁴. De telles conventions, passées dans un intérêt purement égoïste, sans égard pour l'intérêt social, ne trouvent pas grâce auprès des tribunaux. Est également nulle la convention qui ne laisse aucune liberté de choix aux actionnaires pour la désignation des administrateurs ⁵.

– En revanche, sont considérées comme *valables* par la jurisprudence les conventions qui, certes, limitent la liberté de vote des actionnaires, mais sont passées dans l'intérêt social ⁶. La solution a été particulièrement affirmée en matière de *groupe de sociétés* où il a été admis qu'un protocole d'accord pouvait prévoir une répartition égalitaire des sièges d'administrateurs afin de permettre un contrôle paritaire dans le fonctionnement d'une filiale commune, à condition que les actionnaires puissent choisir entre

1. Cf. par ex. T. com. Paris 4 mai 1981, *RJ com.* 1982, p. 2, P. de Fontbressin : les engagements de vote « qui ne comportent pas un avantage consenti pour voter dans un certain sens, ne sont pas prohibés par le droit positif... il convient de les déclarer licites dans leur principe, sous réserve que l'actionnaire soit pleinement informé de son engagement et à égalité avec les autres votants à l'assemblée générale... ». V. également en faveur de l'affirmation dans la loi de la validité des conventions de vote, rapport Marini, p. 65 ; A. Viandier, *préc. Observations sur les conventions de vote*, *JCP E* 1986, 15405 ; J. Penneau, *De l'irrégularité des conventions de vote dans le droit des sociétés commerciales*, *JCP CI* 1975, II, 11776 ; M. Jeantin, rapport au colloque *Droit et commerce*, 1990, in *RJ com.* nov. 1990, p. 124 ; M. Storck, *La réglementation des conventions de vote*, *RJ com.* 1991, p. 97 ; B. Mercadal, *Pour la validité des conventions de vote entre actionnaires*, *RJDA* 1992, p. 727 ; P. Didier, *Les conventions de vote*, in *Mélanges J. Foyer*, PUF, 1997, p. 341 ; A. Viandier, *Après l'article de Michel Jeantin sur les Conventions de vote*, in *Mélanges Jeantin*, Dalloz 1999, p. 311. *Adde* sur la tendance très favorable en droit allemand, R. Storp, *La convention de vote dans la GmbH et l'AG*, *Rev. sociétés* 1980, p. 73 ; et aux USA avec la validité des *share-holder's voting agreements*, M.E. Ancèze, *Un exemple de société fermée : la close corporation aux États-Unis*, *Rev. sociétés* 1979, p. 289, spéc. p. 300.

2. V. P. Guillemin, Rapport à la Conférence générale des tribunaux de commerce 1988, *Transmission des entreprises ; cession de droits sociaux et conventions extra-statutaires entre associés*.

3. Com. 10 janv. 1972, *JCP* 1972, II, 17134.

4. Com. 10 mars. 1950, *JCP* 1950, II, 5694, D. Bastian.

5. Douai 24 mai 1962, *JCP* 1962, II, 12871, D. Bastian ; D. 1962, p. 688, A. Dalsace.

6. Paris 30 juin 1995, *JCP E* 1996, II, 795, J.-J. Daigre (engagement de souscrire à une augmentation de capital).

plusieurs personnes sans se voir imposer une personne déterminée ¹. La Cour de cassation a également admis la validité d'une société *holding* constituée en application d'un protocole d'accord prévoyant notamment le nombre et la répartition des sièges entre les représentants des composantes du groupe au sein du directoire et du conseil de surveillance ².

Ainsi l'actionnaire qui apporte les actions d'une société, dans laquelle il était majoritaire, à un holding, en perd le contrôle, dès lors qu'il est minoritaire au sein du holding ³.

Afin de rendre efficaces les conventions de vote, il était usuel de constituer des *syndicats de blocage* (syndicats de majorité ⁴, syndicats de défense) : les actionnaires remettaient leurs titres au syndicat qui exerçait leurs droits en qualité de mandataire. La dématérialisation des valeurs mobilières, entraînant la disparition du « titre-papier », a rendu plus difficile la création de tels syndicats. Actuellement, l'engagement est souvent « d'honneur » ⁵, en particulier dans les pactes de famille. Il peut être renforcé par des pénalités privées (chèque en blanc, dépôt de garantie entre les mains d'un tiers) ou une promesse de cession d'actions signée par chacun des contractants, qui s'applique dès la défaillance de l'un d'eux. Sur le terrain civil, le non-respect de la convention, qui contenait une obligation de faire ou de ne pas faire, se résout en dommages-intérêts ; mais la convention elle-même est inopposable aux tiers, et en particulier à la société ⁶.

C. Le droit de négocier ses actions

315 Le principe de la libre négociabilité des actions ◇ La société anonyme étant une société de capitaux, dans laquelle la personnalité de l'associé importe peu, les actions sont en principe librement négociables ⁷.

1. T. com. Paris 1^{er} août 1974 (aff. *Schneider-Marine-Firminy*), *Rev. sociétés* 1974, 685, B. Oppetit ; *RTD com.* 1975, p. 130, n° 17, R. Houin. Rapp. Com. 19 déc. 1983, *Rev. sociétés* 1985, 105, D. Schmidt ; T. com. Bruxelles 13 déc. 1984, *Rev. sociétés* 1985, 115, Y. Guyon.

2. Com. 24 févr. 1987 (aff. *Rivoire et Carret, Lustucru*), *Bull. Joly* 1987, p. 213, n° 99, P. Le Cannu rejetant le pourvoi formé contre Paris (sol.) 18 juin 1986, *Rev. sociétés* 1986, 422, Y. Guyon. V. dans le même litige T. com. Marseille 8 sept. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 80, J. Mestre, infirmé par Aix 18 mai 1984, *Rev. sociétés* 1984, 798, cassé par Com. 2 juill. 1985, *Bull. Joly* 1986, p. 374, n° 100, W.L.B.V. déjà Paris 20 oct. 1980, *Rev. sociétés* 1980, 774, A. Viandier.

3. Rapp. pour le résultat voisin obtenu en cas de copropriété d'actions, M. Storck, *Les groupements de copropriétaires d'actions*, *Rev. sociétés* 1983, 293.

4. V. par ex. TGI Lyon (réf.) 21 oct. 1987, *JCP E* 1988, II, 15177, n° 25, A. Viandier et J.-J. Caussain.

5. Cf. B. Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chron. 107 ; rapp. Civ. 2e, 27 nov. 1985, *RTD civ.* 1985, p. 749, n° 9, J. Mestre.

6. Cf. T. com. Paris (ord. réf.) 12 févr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 592, n° 209, 210, M. Jeantin (aff. *Fruehauf/Banexi*) ; comp. Paris 5 avr. 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 475, Y.G. Sur la difficile conciliation entre le droit des contrats et le fonctionnement de la société, cf. D. Schmidt précité, *Rev. sociétés* 1985, 108.

7. Com. 22 oct. 1969, *Rev. sociétés* 1970, 288. F. Nizard, *Les titres négociables*, *Economica, Revue Banque* 2003, préf. H. Synvet ; M. Dubertret, *L'inopposabilité des vices de la propriété mobilière* ; *Essai*

Lorsque la société est cotée en bourse, les actionnaires ne changent-ils pas quotidiennement sans que son fonctionnement en soit affecté ? Si l'actionnaire ne peut être exclu contre son gré de la société, il peut la quitter librement dès lors qu'il a trouvé un acquéreur pour ses actions. Sur le plan formel, un simple virement de compte à compte suffit pour réaliser l'opération, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux formalités de la cession de créance. Cependant plusieurs exceptions sont apportées : certaines actions sont inaliénables (a) ; d'autres ne sont pas librement négociables (b).

La cession d'actions est en principe un acte civil ; mais la cession revêt un caractère commercial lorsqu'elle a pour objet et pour effet le changement de contrôle de la société ¹. Cependant, les litiges nés à l'occasion d'une cession d'actions relèvent toujours de la compétence du tribunal de commerce (art. L. 721-3) ².

315-1 Fiscalité des cessions d'actions ◇ Le droit fiscal intervient en la matière à un double titre. D'une part, les droits d'enregistrement sanctionnent la cession proprement dite ³ ; d'autre part, les impôts directs taxent la plus-value pouvant résulter de la différence entre le prix de souscription ou d'achat des actions et leur prix de cession ⁴.

En ce qui concerne les *droits d'enregistrement*, la cession d'actions est le plus souvent assujettie au droit d'enregistrement de 3 % plafonné à 5 000 € (art. 726 CGI) ⁵.

En ce qui concerne les *plus-values sur valeurs mobilières* et droits sociaux réalisées par des particuliers dans le cadre de la gestion de leur patrimoine

sur la *négociabilité*, Thèse dactyl. Paris II, 2002 ; P. Didier, *Les biens négociables*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 327 ; Ph. Reigné et Th. Delorme, *Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire*, D. 2002, p. 1330.

1. V. *infra* n° 654.

2. Com. 10 juill. 2007, D. 2007, p. 2041, A. Lienhard ; Bull. Joly 2007, p. 1242, n° 328, D. Porrachia ; Rev. Sociétés 2007, p. 793, B. Saintourens ; Com. 12 févr. 2008, D. 2008, p. 612, A. Lienhard.

3. Sur la notion fiscale d'acte constatant une telle cession, *infra* n° 654. Par principe, et en application de l'art. 150-O A CGI, la cession de titres d'une société doit être regardée comme réalisée à la date à laquelle s'opère le transfert de ces titres, au sens de l'art. 1583 C. civ. : TA Versailles 3 avr. 2003, *Bonnefond*, RJF 1/04, n° 48 (date du transfert de jouissance) ; TA Orléans 8 avr. 2003, *Nizet*, Dr. fisc. 2003, n° 29, comm. 550 (porte-fort) ; TA Lyon 4 nov. 2008, *Danthony*, RJF 6/09, n° 562 (titres nominatifs ; inscription au compte de l'acquéreur) ; CE 16 juin 2003, *Gardet* : Dr. fisc. 2003, n° 51, comm. 911 (apport de titres : immatriculation de la société bénéficiaire ; *supra* n° 56) ; 25 juin 2003, *Moureau*, Dr. fisc. 2004, n° 3, comm. 88 (condition suspensive) ; 11 déc. 2008, *Gonnord*, RJF 3/09, n° 209 ; Dr. fisc. 2009, n° 11, comm. 237 (clause de variation du prix : date de la signature du protocole) ; *infra* n° 655-2.

4. Sur la pertinence du cours de bourse pour évaluer des titres de sociétés cotées, *infra* n° 648 ; sur les critères d'évaluation des titres de sociétés non cotées, *infra* n° 654.

5. V. *supra* n° 4.

privé ¹, leur régime d'imposition se présente ainsi ².

L'article 150-O A du CGI dispose que les plus-values résultant d'une cession à titre onéreux de tels titres ne sont imposables que si le montant annuel des cessions excède la limite de 25 730 € ³. Le gain net soumis à l'impôt sur le revenu est déterminé par différence entre le prix de cession des titres et leur prix d'acquisition ⁴ (art. 150-O D CGI) et il est imposable au taux proportionnel de 30,1 % (taux de 18 % fixé à l'art. 200 A-2 CGI, auquel il convient d'ajouter les divers prélèvements sociaux représentant un taux global de 12,1 %).

Ces plus-values bénéficient d'un abattement d'un tiers pour chaque année complète de détention à compter de la sixième, qui se traduit par une exonération complète à l'issue de la huitième ⁵.

Par ailleurs, cohabitent un mécanisme de sursis d'imposition des plus-values concernant les opérations d'échanges de titres (art. 150-O B CGI ⁶) avec un régime de report d'imposition en contrepartie d'un réinvestissement dans les fonds propres d'une petite et moyenne entreprise (art. 150-O C CGI) ⁷.

1. Les plus-values des titres inscrits au bilan d'une entreprise industrielle, commerciale ou agricole demeurent soumises à leur régime propre. De même, les plus-values sur les parts détenus par l'associé d'une société de personnes qui exerce dans la société une activité professionnelle relèvent du régime des plus-values professionnelles (art. 151 nonies CGI ; *supra* n° 13-1) ; alors que celles réalisées « dans des conditions analogues à celles qui caractérisent une activité exercée par une personne se livrant à titre professionnel... » relèvent du régime de droit commun des bénéfices non commerciaux (art. 92-2-1° CGI ; Instr. 21 févr. 2005, BOI 5 G-3-05). Le régime des plus-values de cessions de titres des sociétés à prépondérance immobilière est très proche de celui des plus-values mobilières (art. 150 U à 150 VH CGI ; art. 74 SB Ann. II CGI).

2. Art. 74-0 A et 74-0 O Annexe II CGI ; Instr. 13 juin 2001, BOI 5 C-1-01. Instr. 18 mars 2003, BOI 5 C-1-03 ; Instr. 14 mars 2007, BOI 5 C-2-07 ; Instr. 14 mai 2008, BOI 5 C-2-08. Sur les plus-values de valeurs mobilières démembrées, *supra* n° 278.

3. Lorsque ce seuil est atteint, la plus-value est imposée en totalité.

4. Sur la possibilité de réviser le montant de la plus-value imposable lorsque le cédant, particulier, ne perçoit pas la totalité du prix convenu : CE 16 sept. 2003, ord. n° 228955, *Auphan*, Dr. soc. 2005, n° 59. Sur l'absence de prise en compte, pour le calcul de la plus-value de cession ultérieure des titres, du montant des droits de mutation non supportés par le donataire, CAA Paris 14 oct. 2004, *Guichard*, Dr. fisc. 2005, n° 10, comm. 267 (droits acquittés par le donateur en l'espèce).

5. Art. 150-O D bis CGI ; Instr. 22 janv. 2007, BOI 5 C-1-07. Ce dispositif n'est pas étendu au calcul des prélèvements sociaux qui demeurent exigibles, même en cas d'exonération intégrale d'IRPP. Un dispositif transitoire (cessions réalisées entre le 1^{er} janv. 2006 et le 31 déc. 2013) d'application immédiate de l'abattement s'applique pour les dirigeants de PME partant à la retraite (art. 150-O D ter CGI ; Inst. 7 avr. 2009, BOI 5 C-2-09, n° 14).

6. Ce mécanisme a remplacé l'ancien régime de report d'imposition.

7. À noter la possibilité de report d'imposition au moment où s'opèrera la transmission, le rachat ou l'annulation des titres reçus en échange (art. 150-O C CGI), concernant la plus-value dont le produit de cession est investi avant le 31 déc. de l'année qui suit celle de la cession, dans la souscription en numéraire au capital de sociétés dont les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé à la date de la souscription. Ce report est notamment subordonné à la détention à hauteur de 75 % au moins, par des personnes physiques, du capital de la société bénéficiaire de l'apport.

En cas de pertes subies au cours d'une année, les moins-values sont imputables sur les plus-values de même nature ¹ réalisées au cours de la même année ou des dix années suivantes dans la mesure où le seuil de 25 730 € est franchi ².

En outre, les pertes constatées en cas d'annulation de titres sociaux sont imputables sur les plus-values de même nature réalisées au cours de la même année ou des dix années suivantes, sous les conditions et limites posées par l'art. 150-OD, § 12 et 13 CGI ³.

a. Les actions inaliénables ⁴

316 Inaliénabilité légale ◇ La loi prévoit que certaines actions ne sont, temporairement, ni négociables, ni cessibles suivant les formes de la cession de créances.

Sont ainsi déclarées inaliénables :

- les actions attribuées aux salariés au titre de la participation aux résultats de l'entreprise (art. 13 ord. 21 octobre 1986, *infra*, n° 533) ;
- les actions souscrites ou achetées par le personnel dans le cadre de l'actionnariat des salariés (art. L. 225-194, al. 1 ; *infra*, n°s 534 s.) ;
- les actions des dirigeants sociaux, de droit ou de fait, détenues directement ou indirectement, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société (art. L. 631-10 nouv.).

L'obligation qui était faite aux administrateurs d'affecter un certain nombre de leurs actions à la garantie des actes du conseil d'administration a été supprimée par la loi du 5 janvier 1988 (*infra*, n° 375, art. L. 225-25 ; de même pour les membres du conseil de surveillance, *infra*, n° 447, art. L. 225-72).

Cependant, l'administrateur (de même que le membre du conseil de surveillance), doit, comme auparavant, détenir un certain nombre d'actions de la société fixé par les statuts. Si, au jour de sa nomination, il n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de trois mois (art. L. 225-25, al. 2 et L. 225-72, al. 2).

317 Inaliénabilité conventionnelle ◇ Une inaliénabilité temporaire peut être prévue, à partir de l'acquisition par le cessionnaire de sa qualité d'actionnaire. Une telle disposition est valable à condition d'être limitée dans le temps et justifiée par un intérêt social sérieux et légitime (rapp. art. 900-1 C. civ. ⁵ ; sur les possibilités de la SAS, *infra*, n° 595-13).

1. C'est-à-dire, toutes les plus-values, hormis les plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière.

2. Instr. 18 mars 2003, BOI 5 C-1-03.

3. Sur l'incidence sur les plus-values mobilières des clauses de garantie de passif, clauses d'*earn out* et clauses de *vesting*, *infra* n° 655-2.

4. J. F. Barbiéri, *L'inaliénabilité affectant les droits sociaux*, *Bull. Joly* 2008, p. 450, n° 96.

5. V. par ex. Civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 121, n° 30, A. Couret ; D. 2008, p. 963, A. L. Thomat-Raynaud ; *Rev. sociétés* 2008, p. 321, S. Schiller ; Poitiers 12 nov. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 107, H. Hovasse.

À l'occasion des privatisations, les conventions passées avec les investisseurs constituant les « **noyaux stables** » (« durs ») prévoyaient une inaliénabilité temporaire, avec des durées variables. Par exemple pour les actions du CCF (*Crédit Commercial de France*) il avait été prévu un blocage pendant deux ans de 90 % des actions, et pour les trois années suivantes, leur aliénabilité était subordonnée à l'accord du conseil d'administration. La loi du 10 juillet 1989 (sur le « dénoyautage ») est venue rendre aux actionnaires leur liberté de cession, malgré toute convention contraire antérieure ¹.

b. Les actions non librement négociables

318 Domaine ◇ Toutes les actions, qu'elles soient de numéraire ou d'apport ², sont soumises au même régime et sont négociables dès leur émission, c'est-à-dire après l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés en cas de constitution ³, et après la réalisation définitive de l'opération en cas d'augmentation de capital (art. L. 228-10, al. 1).

En cas de dissolution de la société, les actions demeurent négociables jusqu'à la clôture des opérations de liquidation (art. L. 228-21).

Seule demeure prohibée la négociation des promesses d'actions, à moins qu'il ne s'agisse d'actions à créer dont l'admission sur un marché réglementé a été demandée, ou à l'occasion d'une augmentation de capital d'une société dont les actions anciennes sont déjà admises aux négociations sur un marché réglementé. En ce cas, la négociation n'est valable que si elle est effectuée sous la condition suspensive de la réalisation de l'augmentation de capital, mais, à défaut d'indication expresse, cette condition est présumée (art. L. 228-10, al. 2). ⁴.

Des sanctions pénales frappent les fondateurs, les dirigeants, les porteurs d'actions qui, sciemment, auraient négocié des actions de numéraire qui ne seraient pas demeurées sous la forme nominative jusqu'à leur entière libération ou pour lesquelles le versement minimum n'aurait pas été effectué (art. L. 242-3 et L. 242-21 ; v. égal. art. L. 242-4 et *supra*, n° 260).

319 Restrictions extra-légales à la libre négociabilité ⁵ ◇ Dans certaines sociétés anonymes, il a été jugé souhaitable de conserver un caractère familial à l'actionnariat, de se protéger contre l'intrusion de tiers indésirables. Une clause d'agrément (1) a donc été introduite dans les statuts.

1. Cf. E. Boulenger, *Le « dénoyautage » des entreprises privatisées*, *Rev. droit bancaire* 1989, 188 ; M. Caverivière et M. Debène, *Sociétés privatisées et stratégies actionnariales (Des lois de l'été 1986 aux lois de l'été 1989)*, *Rev. sociétés* 1989, 589.

2. Depuis la loi du 5 janv. 1988, abrogeant l'ancien article 278 de la loi du 24 juill. 1966.

3. Avant l'immatriculation, les actions peuvent être cédées selon les modes du droit civil (art. 1690 C. civ.), *Com.* 26 févr. 2008, *D.* 2008, p. 850 ; *Rev. sociétés* 2008, p. 374, Th. Bonneau.

4. L'interdiction de la négociation des promesses d'actions n'est pas applicable aux bons de souscription autonomes (art. L. 228-95 al. 4 ; *infra*, n° 365).

5. J. Moury, *Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions*, *RTD com.* 1989, p. 187 ; E. Chvika, *Les clauses limitant la libre disposition des actions*, Thèse dactyl. Paris II 1999.

Dans d'autres, les actionnaires veulent maintenir un équilibre entre les groupes existants, ou pouvoir augmenter leur participation dans le capital, si l'un d'entre eux se retire. Une clause de préemption (2) est alors stipulée.

1. Les clauses d'agrément ¹

320 Réglementation ◇ De vifs débats ont eu lieu lors de l'élaboration de la loi de 1966 pour savoir si l'on autorisait les clauses d'agrément dans les sociétés anonymes. En effet, soumettre la transmission d'actions à l'accord d'un organe de la société constitue une atteinte grave au principe de libre négociabilité, avec ce très grand risque que l'actionnaire qui souhaite quitter la société, et qui a trouvé un acquéreur pour ses actions, reste prisonnier de son titre. De plus, la clause d'agrément introduit un *intuitus personae* très fort dans une société de capitaux, une *société anonyme* ².

Mais, d'un autre côté, cette possibilité de donner un caractère fermé à la société anonyme ne peut être négligée : elle permet, par exemple, de conserver à la société un caractère familial ou national en évitant l'immixtion d'étrangers indésirables ³.

Tenant compte de ces différents éléments, le législateur a établi en 1966 un système assez équilibré ⁴ qui permet d'introduire dans les statuts, sous certaines conditions protectrices des minoritaires, une clause d'agrément (art. L. 228-23 s. et R. 228-23). Il convient d'en préciser le champ d'application et le fonctionnement.

1. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1988, p. 467. Adde G. Mazet, *Les clauses statutaires d'agrément*, Rapport au colloque *Droit et commerce* 1990, préc., *Stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions* ; *RJ com.* nov. 1990, p. 66.

2. M. Cachia, *Le déclin de l'anonymat dans les sociétés anonymes*, *Études Kayser*, T. 1, p. 213, Aix 1979 ; I. Pascual, *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, *RTD com.* 1998, p. 273. Pour les SARL, cf. *supra*, n^{os} 220 s.

3. Rapp. pour les sociétés privatisées, le rôle de l'**action spécifique** (« *golden share* ») qui permet au ministre de l'Économie d'agréer les participations dès lors qu'elles franchissent un certain seuil (art. 7 L. 19 juill. 1993). L'action spécifique qui peut être créée si la protection des intérêts nationaux l'exige, permet également la nomination au conseil d'administration (ou de surveillance) d'un ou deux représentants de l'État sans voix délibérative et donne le pouvoir de s'opposer aux décisions de cession d'actifs ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie, quand elles sont de nature à porter atteinte aux intérêts nationaux. Cf. L. Richer et A. Viandier, *JCP E* 1993, I, 281, n^o 51 s. ; J.-L. Delahaye, *La golden share à la française : l'action spécifique*, *RDPCI* 1987/4, p. 579. Une action spécifique avait été instituée dans le capital de Havas, *Bull et Matra* (R.M. JO déb. AN 28 déc. 1987, p. 6969 ; *Bull. Joly* 1988, p. 85, n^o 19). La CJCE a considéré que l'action spécifique *Total-Fina-Elf*, par certaines de ses dispositions trop générales, était contraire aux principes du Traité sur la liberté d'établissement et de libre circulation (4 juin 2002, *Rev. sociétés* 2002, p. 519, G. Parléani ; M. A. Frison-Roche, *D.* 2002, p. 2242). Un décret du 3 oct. 2002 a abrogé le décret du 13 déc. 1993 qui avait créé une action spécifique dans la société *Elf-Aquitaine*. Par son arrêt, la CJCE n'a cependant pas condamné le recours à ce type d'action. Elle a simplement posé des conditions pour reconnaître leur validité. Cf. D. Carreau, *Privatisations et droit communautaire : la validation conditionnelle des actions spécifiques* in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 183.

4. R. Roblot, *L'agrément des nouveaux actionnaires*, in *Mélanges en l'honneur de D. Bastian*, T. 1, 1974, p. 283.

321 *Domaine d'application des clauses d'agrément* ◇ La clause d'agrément doit nécessairement figurer dans les statuts (art. L. 228-23, al. 1) ¹. Elle peut y être inscrite dès la constitution de la société ou être insérée en cours de vie sociale par décision de l'assemblée générale extraordinaire ². L'existence d'une clause d'agrément doit, pour être opposable aux tiers, faire l'objet de mesures de publicité (cf. art. R. 210-3, 210-4, 210-9 ; R. 123-66, 123-105) ³.

La clause d'agrément est imposée par la loi, lorsque la société a un caractère professionnel très marqué (cf. par ex. pour les sociétés de commissaires aux comptes, art. L. 822-9, al. 5 ; pour les sociétés d'experts-comptables, art. 7 nouv. ord. 19 septembre 1945 ; pour les sociétés d'exercice libéral à forme anonyme, art. 10 L. 31 décembre 1990).

Elle est également obligatoire dans les sociétés de presse, entreprises souvent semi-politiques où la prise de contrôle d'un adversaire est toujours redoutée (art. 4 L. 1^{er} août 1986 reprenant l'art. 6 de l'ord. du 26 août 1944 sur la presse) ⁴.

En revanche, la clause d'agrément est interdite dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. La raison en est que ces sociétés ont un caractère ouvert et que les opérations boursières ne doivent pas être entravées. La COB avait manifesté depuis longtemps son hostilité aux clauses d'agrément dans les sociétés placées sous son contrôle ⁵. L'interdiction a été légalisée par l'ordonnance du 24 juin 2004 (art. L. 228-23, al. 1^{er}). Cette mesure prive les sociétés cotées d'un bon moyen de défense anti-OPA, tout au moins lorsque les actionnaires agréés sont des personnes physiques (*infra*, n° 651).

La clause d'agrément ne peut être valablement stipulée que si les actions revêtent la forme nominative en vertu de la loi, ce qui est en principe le cas dans les sociétés non cotées (v. cependant, depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, *supra*, n° 284) ⁶, ou des statuts (art. L. 228-23, al. 2).

Le champ d'application des clauses d'agrément est délimité par l'article L. 228-23 al. 1 qui a été réécrit par l'ordonnance du 24 juin 2004 : « *Dans une société dont les titres de capital ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, la cession de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la*

1. Com. 12 mai 1975, *Rev. sociétés* 1976, 337, J. Hémard.

2. Com. 22 oct. 1956, *JCP* 1956, II, 9678, D. Bastian, admettant implicitement qu'il n'y a pas augmentation des engagements des actionnaires ; Paris 8 juin 1993, *RJDA* 1993, p. 781, n° 911 (application immédiate de la clause).

3. Com. 31 mai 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1396, n° 303, Th. Massart ; *RTD com.* 2005, p. 552, P. Le Cannu.

4. Cf. J.-L. Beaufort, *Le droit d'agrément dans les sociétés de presse*, *Rev. sociétés* 1994, p. 433 ; Paris 31 mars 1981 (aff. *Amaury/Le Parisien*), *Gaz. Pal.* 1981, II, 513, APS, et sur pourvoi Com. 14 févr. 1983, *Bull. Joly* 1983, p. 249, n° 114 ; Aix 10 mai 1988 (aff. *Le Provençal*), *Gaz. Pal.* 1989, I, p. 3, P. de Fontbressin ; Versailles 20 janv. 1994, *Joly Bourse* 1994, p. 113, n° 19, Th. Bonneau (*Est Républicain*) ; Com. 13 déc. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 152, n° 38, P. Le Cannu (*Midi Libre*).

5. V. communiqué COB, *Bull. mensuel* déc. 1971, n° 33 ; *JCP* 1972, III, 38769.

6. Rien n'interdit de limiter le jeu de la clause d'agrément à certaines catégories d'actions (R.M. JO déb. Sénat 3 déc. 1969, p. 1169 ; *Rev. sociétés* 1970, p. 170).

société par une clause des statuts. Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant ».

Les conséquences résultant de ce texte sont les suivantes :

1) Les clauses d'agrément visent les titres de capital (actions) ainsi que les valeurs mobilières donnant accès au capital ;

2) Les clauses d'agrément ne peuvent pas s'appliquer en cas de dévolution successorale, de liquidation du régime matrimonial entre époux, de cession au conjoint, à un ascendant ou à un descendant. Cette liste est d'interprétation stricte, le législateur n'ayant pas voulu entraver les transmissions d'actions entre proches parents.

Par exception, la clause d'agrément joue lorsque les statuts d'une société ne faisant pas d'offre au public réservent des actions aux salariés de la société, dès lors que cette clause a pour objet d'éviter que lesdites actions ne soient dévolues ou cédées à des personnes n'ayant pas la qualité de salarié de la société (art. L. 228-23, al. 3).

De même, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, pour permettre l'entrée de nouveaux actionnaires dans la société et faciliter l'élaboration d'un plan, les clauses d'agrément sont réputées non écrites (art. L. 626-3 *in fine* et L. 631-21) ¹.

3) Les clauses d'agrément peuvent depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 s'appliquer **en cas de cession entre actionnaires** ². Dans le texte antérieur, la clause d'agrément s'appliquait en cas de « cession d'actions à un tiers ». La Cour de cassation estimait que le mot « tiers » visait toute personne étrangère à la société ³ (rapp. art. L. 223-14, al. 1, L. 228-24, al. 2, L. 228-25, al. 2). La solution permettait d'interdire l'entrée dans la société d'une personne jugée indésirable ; mais elle n'autorisait pas à maintenir un équilibre entre groupes d'actionnaires à l'intérieur de la société ⁴. Avec la réécriture du texte, le mot « tiers » a disparu. Répondant aux souhaits de la

1. Mais l'administrateur judiciaire chargé de passer les actes de cession des actions détenues en portefeuille par une société en redressement judiciaire doit respecter la clause d'agrément figurant dans les statuts de la société émettrice, Com. 31 janv. 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 320, H. Le Nabasque ; D. 1995, p. 426, G. Parléani ; Bull. Joly 1995, p. 342, n° 110, A. Couret ; JCP E 1995, II, 678, Y. Guyon. Dans le même sens, pour une clause de préemption, Com. 23 janv. 1996, Bull. Joly 1996, p. 488, n° 165, J.-M. Calendini.

2. C. Malecki, *Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance du 24 juin 2004*, D. 2004, p. 2775.

3. Com. 10 mars 1976, *Rev. sociétés* 1976, 332, J. Hémard, D. 1977, p. 455, J. Cl. Bousquet ; RTD com., 1976, p. 533, n° 4, R. Houin ; Com. 24 févr. 1987, JCP N 1987, II, p. 189, D. Randoux ; Aix 13 janv. 1977, *Rev. sociétés* 1977, 711, J. Hémard. *Contra* R.M. garde des Sceaux, JO déb. AN 16 oct. 1968, p. 3327 ; *Rev. sociétés* 1969, 413 ; R.M. ministre de l'Économie et des Finances, JO déb. AN 30 déc. 1972, p. 6467, *Rev. sociétés* 1973, 388 ; et à ce propos, B. Oppetit, *Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois*, D. 1974, chron. p. 107, spéc. n° 11. Adde J. Bardoul, *Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires*, D. 1973, chron. 137.

4. V. cependant le rôle qui peut être joué par les statuts dans la désignation des attributaires des actions pour lesquelles l'agrément a été refusé, *infra*, n° 324.

pratique ¹, l'ordonnance permet désormais que la clause d'agrément opère même pour les cessions entre actionnaires. La réforme est importante ; elle augmente l'intérêt du recours à la clause d'agrément et réduit d'autant l'intérêt du recours à des clauses de préemption (*infra*, n° 325 s.).

4) Le terme « cession » a un sens large. La clause d'agrément peut donc jouer **quel que soit le moyen de transmission des droits sociaux utilisé** : vente, échange, donation, fusion ², scission, à condition de le préciser dans les statuts.

Lorsque l'agrément a été donné à une personne morale, peu importe qu'un changement de contrôle intervienne au sein de cette personne morale, c'est toujours elle qui demeure actionnaire ³ : si la société A est actionnaire de B et que C achète toutes les actions de A, la cession opérée entre C et A n'est pas soumise à l'agrément de B puisque ce ne sont pas les actions de B qui ont été cédées.

La solution peut être très gênante, en particulier lorsqu'elle permet l'intrusion d'un concurrent dans la société qui avait pourtant cru être à l'abri grâce à la clause d'agrément.

C'est pourquoi certaines sociétés prévoient une clause de rachat « à l'encontre de toute société actionnaire dans laquelle interviendraient des modifications susceptibles d'amener une prise de contrôle de ladite société par un groupe de personnes qui ne seraient pas susceptibles d'être agréées en tant que cessionnaires des actions » ⁴. Certains estiment que la validité d'une telle clause statutaire, qui conduit à une expropriation forcée de l'actionnaire, pose problème dans la mesure où elle porte atteinte au droit fondamental qu'a tout actionnaire de rester associé (*supra*, n° 305) ⁵. Cependant la Cour de cassation n'est peut-être pas hostile à la validité d'une telle disposition ⁶.

1. V. le rapport Marini, *op. cit.* p. 35.

2. Com. 3 juin 1986, *D.* 1987, p. 95, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1987, 52, Y. Reinhard ; *JCP E* 1987, II, 15083, Y. Paclot. V. égal. à propos de l'affaire *Yves Rocher*, Com. 6 mai 2003, 2 esp, *JCP E* 2003, 1327, D. Cohen ; *D.* 2004, p. 273, J. Cl. Hallouin ; *RTD com.* 2003, p. 525, J. P. Chazal et Y. Reinhard ; Com. 15 mai 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1075, n° 294, M. Menjucq et A. Taste ; Paris 23 sept. 2008, *BRDA* n° 6-2009, p. 18. A. Constantin, *L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes*, *Bull. Joly* 2003, p. 742, n° 160 ; J. P. Bertrel, *Dr. et patr.* oct. 2003, p. 36 ; V. égal. *infra* n° 687 et réf. cit.

3. V. cependant les dispositions exceptionnelles édictées par le Comité de la réglementation bancaire et financière en cas de modification dans la composition de l'actionnariat des établissements de crédit ; T. com. Paris (ord. réf.) 21 juin 1988, *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 44, M. Jeantin et A. Viandier (*aff. Generali*). Rapp. pour une clause de changement de contrôle entraînant la résiliation d'un contrat commercial, Paris 25 janv. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 413, n° 141, A. Couret.

4. Rouen 8 févr. 1974, *Rev. sociétés* 1974, p. 507, R. Rodière ; *RTD com.* 1974, p. 291, n° 3, R. Houin. V. en faveur de la nullité, T. com. Versailles 2 mai 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 615, n° 222, Y. Sexer.

5. Cf. R. Rodière, *préc.*

6. Com. 13 déc. 1994 (*aff. Midi Libre*) *Bull. Joly* 1995, p. 152, n° 39, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1995, p. 298, D. Randoux ; *JCP E* 1995, I, 447, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain et II, 705, Y. Paclot ; *Dr. sociétés* 1995, n° 37, D. Vidal. Cf. égal. L. Faugérolas, *Les moyens de défense face à une acquisition indirecte d'actions*, *JCP E* 1995, I, 483 ; H. Le Nabasque, *Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires*, *RJDA* 1995, p. 200.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser dans l'affaire *Barilla* ¹ que cette solution ne pouvait être admise en cas de fraude :

Les consorts Cartier Millon détiennent 41,30 %, importante minorité de blocage, d'une société holding, Rivoire et Carret.

Ils transmettent à la société Embranchement de la Capuche, qu'ils contrôlent à 100 % et qui est déjà actionnaire du holding, la quasi-totalité de leurs actions. Peu de temps après, la société italienne Barilla prend le contrôle de la Société Embranchement de la Capuche et devient ainsi associé de son principal concurrent sur le marché de la pâte alimentaire.

Prise individuellement, chacune des deux opérations paraît régulière : la première cession, entre les consorts Cartier Millon et la société Embranchement de la Capuche, n'est pas soumise à agrément puisqu'il s'agit d'une cession entre actionnaires. La seconde entre la société Embranchement de la Capuche et la société Barilla ne l'est pas non plus puisque ce ne sont pas directement les actions du holding qui sont cédées.

La Chambre commerciale, après la Cour de Grenoble ², censure toutefois l'opération : « attendu que l'arrêt constate que les consorts Cartier Millon ont entrepris de céder leurs titres de la société holding à la société Barilla en recourant à l'interposition de la société Embranchement de la Capuche, que par le biais de deux cessions en apparence licites, ils ont permis à la société Barilla de détenir une participation minoritaire mais efficace puisque supérieure à la minorité de blocage, que l'une et l'autre des parties avaient de connivence tenté d'échapper à l'obligation d'agrément figurant dans les statuts de la société holding, obligation qui était connue par les consorts Cartier Millon et par la société Barilla ; que de ces constatations, la cour d'appel... a pu déduire que les conventions passées entre les consorts Cartier Millon et la société Barilla étaient entachées de fraude... Rejette... » ³.

Cependant, la Chambre commerciale a eu l'occasion de rappeler par la suite, dans l'arrêt *Midi-Libre*, que la fraude ne se présume pas et que « la prise de participation, même majoritaire, dans le capital d'une ou plusieurs sociétés actionnaires d'une autre société ne constitue pas, par elle seule, une fraude ayant pour objet ou pour effet d'éluder des clauses statutaires de cette société, à défaut d'éléments permettant de caractériser cette fraude » ⁴.

1. Com. 27 juin 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 815, n° 293, P. Le Cannu ; D. 1990, p. 314, J. Bonnard ; RTD civ. 1989, p. 530, n° 4, J. Mestre ; Rev. dr. bancaire 1989, p. 176, M. Jeantin et A. Viandier ; Y. Reinhard, RTD com. 1990, p. 50, n° 3. Comp. Nancy 28 juill. 1989 (aff. *L'Est Républicain*) JCP E 1990, II, 15 784, A. Viandier et J.-J. Caussain ; D. 1992, somm. 178, J. Cl. Bousquet et G. Bugéja.

2. 30 juin 1988, JCP 1989, II, 21238, B. Oppetit ; Rev. dr. bancaire 1988, p. 200, M. Jeantin et A. Viandier ; T. com. Grenoble (réf.) 21 janv. 1988, RJ com. 1988, p. 224, D. Vidal ; RTD com. 1988, p. 640, n° 5, Y. Reinhard.

3. V. également pour une cession entre frère et sœur, avec interposition de la mère, Com. 21 juin 1997, Rev. sociétés 1997, p. 349, D. Bureau ; *Bull. Joly* 1997, p. 465, n° 187, P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1997, n° 55, Th. Bonneau. Sur un agrément frauduleux, en violation d'un pacte d'actionnaires, Versailles 29 juin 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1149, n° 285, P. Le Cannu.

4. Com. 13 déc. 1994, *supra*.

322 Procédure d'agrément ◇ Lorsque la cession d'actions est soumise à agrément ¹, l'actionnaire cédant ² doit adresser à la société une demande d'agrément indiquant les nom, prénoms et adresse du cessionnaire, le nombre de titres dont la cession est envisagée et le prix offert (art. L. 228-24, al. 1^{er}) ³. Cette demande doit être notifiée par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. R. 228-23, al. 1). Les statuts déterminent l'organe social habilité à statuer sur la demande d'agrément ⁴. Le plus souvent, compétence est donnée au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, plus rarement aux assemblées générales ⁵, et ces organes disposent de trois mois pour prendre parti. Plusieurs situations doivent alors être distinguées.

Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle (art. L. 228-23 *in fine*) ⁶.

323 Cas où l'agrément est acquis ◇ L'agrément résulte de la décision favorable de l'organe social notifiée au demandeur dans les trois mois de la demande (art. L. 228-24, al. 1^{er}). Si la décision a été prise régulièrement ⁷ et n'est pas entachée de fraude ⁸, elle est souveraine et les minoritaires ne peuvent pas demander son annulation, même si l'agrément est donné à un concurrent ⁹.

1. A. Couret et C. Perrier, *Les effets d'une clause d'agrément érigée en condition suspensive*, Bull. Joly 1999, p. 523, n° 110.

2. Cf. Com. 27 mars 1990, Bull. Joly 1990, p. 442, n° 104, P. Le Cannu ; D. 1991, p. 503, J. Bonnard.

3. Sur les conséquences du non respect des éléments devant figurer dans la notification, Paris 19 févr. 2008, BRDA n° 10-2008, p. 3.

4. B. Jadaud, *Qui décide de l'agrément à la cession d'actions ?* JCP E 2001, p. 1946.

5. Lorsqu'une société dissoute est en liquidation, le liquidateur n'a pas le pouvoir d'agrément, Com. 12 mai 2004, JCP E 2004, 1512, H. Lécuyer ; Rev. soc. 2004, 940, Th. Bonneau ; Bull. Joly 2004, p. 1257, n° 256, A. Constantin ; RTD com. 2004, p. 540, P. Le Cannu. Sur l'incompétence de l'administrateur provisoire, Com. 27 oct. 1969, Bull. civ. IV, n° 314, p. 295.

6. Sanction introduite par la loi du 2 juill. 1998 ; cf. Y. Reinhard, RTD com. 1999, p. 141. Sur la difficulté de mettre en œuvre la sanction de la nullité en cas de disparition de la société absorbée, Paris 9 févr. 2006, préc. D. 2006, p. 654, A. Lienhard ; Bull. Joly 2006, p. 766, n° 160, X. Vamparys, cf. égal. l'affaire Yves Rocher préc. Sur le point de savoir qui est recevable à invoquer le défaut d'agrément, Paris 14 nov. 2003, RTD com. 2004, p. 102, Cl. Champaud et D. Danet.

7. Un administrateur peut participer au vote sur l'agrément du cessionnaire de ses propres actions, aucune interdiction n'étant prévue par la loi, Com. 24 févr. 1975, Rev. sociétés 1976, 92, B. Oppetit.

8. Paris 26 juin 2001 RTD com. 2001, p. 910, Cl. Champaud et D. Danet (fraude, nullité de la cession et dommages-intérêts) ; Paris 1^{er} févr. 2002, RTD com. 2002, p. 318, Cl. Champaud et D. Danet (comportement déloyal, convocation irrégulière, dommages-intérêts).

9. Com. 21 janv. 1970 (aff. Saupiquet-Cassegrain), JCP 1970, II, 16541, B. Oppetit ; RTD com. 1970, p. 738, n° 16, R. Houin ; Com. 21 juin 1982 (même affaire), Rev. sociétés 1982, 852. Rapp. Civ. 3e, 18 juin 1997, Bull. Joly 1997, p. 968, n° 346, P. Le Cannu (pas d'abus de majorité dans une SCI) et sur renvoi, Dijon (sol.) 30 juin 1998, Rev. sociétés 1999, p. 196, Y. Guyon. Sur les problèmes posés par l'agrément donné à une personne morale qui, par la suite, passe sous le contrôle d'un concurrent, cf. *supra*, n° 321 *in fine* et *infra*, n° 595-16 (SAS).

L'agrément est également réputé acquis lorsque la société n'a pas répondu dans les trois mois de la demande (art. L. 228-24, al. 1) ou lorsque, après un refus d'agrément, le rachat des actions n'est pas intervenu dans le délai imparti (art. L. 228-24, al. 3 ; *infra*, n° 324) ¹.

Si la société a donné son consentement à un projet de nantissement d'actions (art. L. 228-26 al. 1) ², ce consentement emportera agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des actions nanties, à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans délai les actions, en vue de réduire son capital.

324 Le refus d'agrément ³ ◇ La décision de refus doit être notifiée au demandeur avant l'expiration du délai de trois mois courant à compter de la demande (art. L. 228-24, al. 1). Elle n'a pas à être motivée ⁴ et le « cessionnaire » ne peut s'en plaindre car il n'a aucun droit acquis à entrer dans la société ⁵. Cependant, le « cédant » ne doit pas rester prisonnier de son titre. C'est pourquoi le législateur a prévu que le conseil d'administration (ou le directoire) est tenu dans le délai de trois mois à compter de la notification du refus ⁶, de faire acquérir les actions, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant ⁷, par la société en vue d'une réduction du capital social (art. L. 228-24, al. 2).

Pour régler les modalités d'attribution des actions, les statuts prévoient généralement un ordre de préférence ⁸ donnant par exemple la priorité aux actionnaires par rapport aux tiers, ou à un groupe d'actionnaires par rapport à un autre.

1. La cession d'actions est libre malgré l'existence d'un pacte de préférence qui n'a pas été respecté par le vendeur, Com. 26 avr. 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 480, M. Jeantin ; JCP E 1994, I, 392, n° 7, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. Rapp. H. Chassery, *Le nantissement des parts sociales*, RTD com. 1977, 435.

3. J. Cl. Hallouin, *Sur le refus d'agrément in Mélanges J. Paillusseau*, Dalloz 2003, p. 313 ; S. Schiller, *Quelques précisions jurisprudentielles sur le régime applicable en cas de rejet du cessionnaire proposé en présence d'une clause d'agrément*, JCP E 2008, 1950.

4. V. cependant sur le contrôle opéré par la Cour de cassation, Com. 7 janv. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 682, n° 133, Th. Massart ; Com. 5 oct. 2004, RTD civ. 2005, p. 127, J. Mestre et B. Fages. Comp. sur l'abus de droit de refus d'agréer dans une société civile de moyens, Paris 23 avr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 959, n° 295, J.-J. Daigre.

5. V. toutefois à propos de SCI, Paris 7 avr. 1995, *Rev. dr. bancaire, gestion du patrimoine*, p. 5, J. Ph. Dom ; Civ. 3e, 18 juin 1997, RJDA 1997, p. 933, n° 1360. Sur le non-respect d'une promesse de porte-fort, Paris 22 mars 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 131, D. Vidal. Le cédant n'a pas qualité pour invoquer le refus d'agrément du cessionnaire, Civ. 3e, 6 déc. 2000, *Rev. sociétés* 2000, p. 737, J.-F. Barbiéri et 2001, p. 84, Y. Guyon ; JCP E 2001, p. 1001, R. Besnard-Goudet ; RTD com. 2001, p. 165, M.H. Monsérié-Bon (solution donnée pour une société civile mais transposable aux sociétés commerciales).

6. Com. 17 oct. 1989, *Rev. sociétés* 1990, 270, Y. Chartier ; Com. 18 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 736, n° 214 ; *Dr. sociétés* 1993, n° 170, H. Le Nabasque.

7. L'accord du cédant est exigé en raison des lourdes conséquences fiscales de cette opération, *supra* n° 280-1.

8. Rapp. Com. 22 oct. 1956, JCP 1956, II, 9678, D. Bastian.

Le délai de trois mois imparti pour l'achat des actions ¹ ne peut être prolongé que par le président du tribunal de commerce statuant en référé et sans recours possible (art. L. 228-24 al. 3 et R. 228-23, al. 2) ².

Si à l'expiration du délai imparti, les actions n'ont pas été achetées, l'agrément est considéré comme donné ³ (art. L. 228-24, al. 3) mais le cédant ne peut pas exiger de la société qu'elle lui rachète ses actions ⁴.

Lorsque l'actionnaire cédant se voit opposer un refus d'agrément, il peut toujours retirer son offre de cession. En effet, l'article L. 228-24 n'a pas instauré un droit de préemption au profit de la société, mais il a mis à sa charge une obligation d'acquérir les actions de la personne qui veut quitter la société, dès lors qu'elle a trouvé preneur ⁵. Il y a là un véritable **droit de repentir** au profit du cédant ⁶, qui ne saurait être évincé de la société contre son gré, malgré toute clause contraire des statuts ⁷.

On doit assimiler au refus d'agrément, l'agrément partiel, celui qui est donné pour une partie des actions et refusé pour l'autre ⁸. En effet le cédant souhaite céder un bloc de titres, conférant par exemple une minorité de blocage ; cet ensemble ne peut pas être dissocié contre sa volonté.

Le **prix d'achat des actions** en cas de refus d'agrément est un problème délicat car l'on peut aisément imaginer que le cédant et le cessionnaire se mettent d'accord sur un prix apparemment très élevé et essayent de l'imposer à la société. Pour couper court à cette fraude, le système, classique dans le droit des sociétés, est le suivant : si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le prix, celui-ci est déterminé par un expert ⁹ désigné soit par

1. Com. 17 oct. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 961, n° 332, Y.S.

2. Com. 8 avril 2008, *D.* 2008, p. 1207, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2008, p. 585, n° 125, D. Porcchia.

3. Com. 8 avril 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 679, n° 146, J. F. Barbière.

4. Rapp. Com. 29 nov. 1982, *Rev. sociétés* 1983, 68, J.-J. Daigre. V. cependant Paris 2 déc. 1987, *Rev. sociétés* 1989, p. 57, D. Randoux. V. égal. Com. 25 févr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 519, n° 169, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1992, n° 120, H. Le Nabasque (faute de la société et de ses dirigeants ayant entraîné l'impossibilité de toute cession).

5. Com. 10 mars 1976, *Rev. sociétés* 1976, 332, J. Hémard ; Paris 16 juin 1987, *JCP E* 1987, 16959, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Lyon 3 avr. 1987, *RTD com.* 1988, p. 74, n° 5, Y. Reinhard (dans le cadre d'une cession à forfait sous l'empire de la loi du 13 juill. 1967). *R.M. JO déb.* AN 1^{er} févr. 1969, p. 267, *Rev. sociétés* 1969, 413.

6. Sur l'abandon par le cédant de son droit de repentir, Com. 9 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 622, n° 219, PLC (refus d'agrément dans une SARL).

7. V. sur l'exclusion d'un actionnaire pour fraude à la procédure d'agrément, T. com. Montpellier 15 nov. 1991, *JCP E* 1992, I, 120, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RJ com.* 1992, p. 61, A. Couret ; *Dr. sociétés* 1992, n° 84, p. 12, H. Le Nabasque (aff. *Midi-Libre*), infirmé par Montpellier 17 déc. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 649, n° 180, P. Le Cannu et A. Couret ; *Dr. sociétés* 1993, n° 78, H. Le Nabasque et Com. 13 déc. 1994, précité.

8. Rapp. Com. 11 févr. 1980, *Rev. sociétés* 1980, 477, D. Schmidt.

9. Th. Jacomet, *L'expertise sur le prix de rachat en cas de refus d'agrément*, *JCP E* 1998, p. 790. L'évaluation faite par l'expert désigné s'impose aux parties, sauf erreur grossière commise par lui, Com. 30 déc. 1988, *JCP* 1989, II, 21260, A. Viandier ; Com. 9 avr. 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 139, p. 100 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 50 ; v. déjà Com. 4 nov. 1987, *JCP* 1988, II, 21050, A. Viandier.

elles, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés et sans recours possible. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. L. 228-24, al. 2 renvoyant à l'art. 1843-4 C. civ.¹ ; art. R. 228-23, al. 2).

La Cour de cassation considère que l'article 1843-4 C. civ. est une disposition d'**ordre public**, c'est pourquoi elle interdit aux parties de déterminer les éléments à prendre en compte par l'expert pour évaluer les titres. La mission expertale ne peut ainsi pas être encadrée : « *seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts...* »². De plus, il ne suffit pas que l'expert soit désigné dans le délai imparti. Encore faut-il qu'il ait achevé sa mission dans ce délai, sinon l'agrément est réputé acquis (d'où l'utilité de demander une prorogation dans les conditions de l'article R. 228-23, al. 2)³.

L'ordonnance du 24 juin 2004 permet désormais au cédant de renoncer à tout moment à la cession de ses actions ou de ses valeurs mobilières donnant accès au capital (art. L. 228-24, al. 2). Ce **droit de repentir** est une faculté que ne manquera pas d'utiliser le cédant dans l'hypothèse où il estime que le prix fixé par l'expert est trop faible.

Avant l'ordonnance, la jurisprudence estimait que dès lors que le cédant et le cessionnaire s'en étaient remis à l'estimation de l'expert, ils avaient fait de la décision de l'expert leur loi, de sorte que l'accord sur la chose et le prix étant réalisé, la vente était parfaite et les parties ne pouvaient plus retirer leurs offres⁴.

1. A. Couret, *L'évolution récente de la jurisprudence sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil*, in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz 2006, p. 249 ; G. Deharo, *Expertise et estimation du prix de cession par un « expert » : analyse de l'article 1843-4 du Code civil*, RTD com. 2007, p. 643.

2. Com. 5 mai 2009, D. 2009, p. 1349, A. Lienhard ; JCP E 2009, 1632, R. Mortier ; F.X. Lucas, *Bull. Joly* 2009, p. 529 (la question demeure de savoir si cette solution s'applique également aux pactes extra-statutaires). V. déjà Com. 4 déc. 2007, D. 2008, p. 16, A. Lienhard et p. 1236, R. Salomon ; JCP E 2008, 1159, H. Hovasse ; *Rev. sociétés* 2008, p. 341, J. Moury ; JCP E 2008, 2001, C. Grimaldi et Ph. Netto ; *Bull. Joly* 2008, p. 216, n° 49, F. X. Lucas ; R. Damman et S. Périnot, *id.* p. 844. Cf. égal. BRDA n° 18 - 2008, p. 20, *Fixation du prix de cession de droits sociaux par un expert* (choix du régime d'expertise entre art. 1592 et 1843-4 C. civ.).

3. Com. 7 mars 1995, JCP E 1995, II, 729, D. Vidal ; Com. 3 avr. 1973, D. 1973, p. 580, J. Lacombe.

4. Com. 13 oct. 1992, D. 1993, p. 578, D. Randoux ; *Rev. dr. bancaire* 1993, p. 46, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *RJ com.* 1993, p. 113, J.-P. Storck ; JCP E 1993, I, 218, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain (solution donnée pour des parts de SARL mais transposable) ; Ph. Merle, *Refus d'agrément et droit de repentir dans les SARL*, RJDA 1993, p. 3 ; H. Le Nabasque, *La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément*, *Dr. sociétés* déc. 1992, p. 1 (Comp. art. 1862 in fine C. civ.). V. sur les effets du défaut d'acceptation de l'expertise, Com. 4 juill. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 89, n° 9, H. Le Nabasque ; D. 2006, p. 2102, A. Lienhard (pour une SARL).

2. Les clauses de préemption ¹

325 *Clauses statutaires de préemption* ◇ La clause de préemption permet à tous les actionnaires, ou à certains d'entre eux, d'acquérir par priorité les actions de la société mises en vente ². La clause de préemption peut donc être le moyen pour les actionnaires d'augmenter leur participation dans la société. Elle peut permettre également de maintenir l'équilibre entre groupes d'actionnaires lorsque l'un des membres du groupe désire se retirer.

La loi étant muette aussi bien sur le domaine d'application des clauses de préemption que sur la procédure applicable, et comme en pratique la clause de préemption aboutit aux mêmes conséquences que dans le cas d'un refus d'agrément (*supra*, n° 324), la tendance est à appliquer également le jeu des articles L. 228-23 et 228-24.

L'actionnaire cédant ne doit pas en effet rester prisonnier de son titre et les garanties prévues par la loi en cas de refus d'agrément, doivent jouer aussi en matière de préemption ³.

Depuis quelques années, un mouvement favorable à la validité de principe des clauses de préemption pour les cessions entre actionnaires s'est dessiné ⁴. La solution s'impose d'autant plus aujourd'hui que l'ordonnance du 24 juin 2004 autorise les clauses d'agrément pour les cessions entre actionnaires (*supra*, n° 321) ⁵. La clause statutaire de préemption a été beaucoup utilisée pour maintenir l'égalité prévue au départ entre actionnaires, par exemple dans une filiale commune. Un résultat analogue peut désormais être atteint avec la clause d'agrément.

326 *Conventions extra-statutaires de préemption* ⁶ ◇ En pratique, il n'est pas rare que dans un pacte de famille ⁷ ou à l'occasion de la création

1. Cf. Y. Chartier, *Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers* ; Y. Reinhard, *Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession entre actionnaires* ; Rapports au colloque *Droit et commerce* 1990, préc. in *RJ com.* nov. 1990, p. 77 et 88 ; J.-P. Bertrel, *Clauses de préemption dans les cessions entre actionnaires*, BRDA n° 6-1991, p. 2 ; G. Parléani, *Les pactes d'actionnaires*, *Rev. sociétés* 1991, p. 1, spéc. n°s 16 s. ; J.-P. Bouère, *Quelques remarques sur les clauses de préemption statutaires réservées à une catégorie déterminée d'actionnaires*, *Bull. Joly* 1992, p. 376, n° 124 ; J.-P. Désidéri, *La préférence dans les relations contractuelles*, PU Aix-Marseille 1997, préf. J. Mestre, spéc. n°s 129 s. Sur l'incompatibilité d'une clause de préemption avec les articles L. 621-58 et 621-59 C. com., B. Soinnie in *Rev. proc. coll.* 1993, p. 313, n° 16.

2. Le bénéficiaire de la préférence n'est cependant pas tenu d'acquérir les actions qui lui sont proposées, Paris, 23 sept. 1983, BRDA 24-1983, p. 21. Sur le prix, Paris 6 mai 1994, *Dr. sociétés* 1994, n° 140, H. Le Nabasque.

3. Cf. par ex. P. Bézard, n°s 1405 s. ; *Mémento Lefebvre*, n° 2726.

4. V. en particulier Com. 15 févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 508, n° 152, D. Velardocchio ; Paris 14 mars 1990 (aff. chaîne TV La Cinq) *Bull. Joly* 1990, p. 353, n° 110 et p. 325, n° 97, P. Le Cannu ; *RJ com.* 1990, p. 256, Ch. Goyet ; *RTD com.* 1990, p. 413, n° 1, Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15784, n°s 4 à 6, A. Viandier et J.-J. Caussain. V. déjà TGI Dijon 8 mars 1977, *Rev. sociétés* 1977, 279, D. Randoux ; D. 1977, p. 482, J. Cl. Bousquet.

5. M. Jeantin, *Les clauses de préemption statutaires entre les actionnaires*, *JCP E* 1991, I, 49.

6. M. B. Salgado, *Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes*, *Dr. sociétés*, mars 2003, p. 5 ; W. Le Bras, *La validité des clauses de préemption dans les*

d'une filiale commune, soit prévu un accord de préemption. Chaque actionnaire d'une branche familiale ou d'un groupe s'engage à proposer ses actions à l'un des cocontractants avant de les céder à un tiers ¹.

Il est difficile de rendre ces conventions totalement efficaces ². En effet, en application de l'article 1165 du Code civil, elles ne lient que leurs signataires ³. C'est dire que si l'un des cocontractants cède ses titres à un tiers, en violation de l'accord, la cession n'en est pas moins valable ⁴ et le cédant ne devra que des dommages-intérêts à ses partenaires pour inexécution d'une obligation de faire (réparation par équivalent, art. 1142 C. civ.).

Cependant, la Cour de cassation décide désormais ⁵ que « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » ⁶.

conventions extra-statutaires, Bull. Joly 1986, p. 665 ; F. Cherchouly-Sicard, *Les pactes de préemption*, RJ com. 1990, p. 49 ; cf. égal. D. Martin et L. Faugérolas, *Les pactes d'actionnaires*, JCP 1989, I, 3412 ; Paris 23 juin 1987, Bull. Joly 1987, p. 701, n° 288 ; D. Martin et M. Martin-Laprade, *Petites Affiches* 22 mai 1992, p. 16. Sur la publicité des pactes d'actionnaires des sociétés cotées en bourse, v. infra, n° 660-2.

7. V. par ex. Angers 20 sept. 1988 (aff. Cointreau), Bull. Joly 1988, p. 850, n° 271 ; Dr. bancaire 1989, p. 68, M. Jeantin et A. Viandier ; Rev. sociétés 1989, p. 288, Y.G. (validité de la clause extra-statutaire applicable aux cessions entre actionnaires). Sur une hypothèse de fusion, Paris 21 janv. 2005, RTD com. 2005, p. 545, P. Le Cannu.

1. Sur les limites du pacte en présence d'une clause d'agrément, Com. 26 avr. 1994, Bull. Joly 1994, p. 813, n° 218, P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1994, n° 139, H. Le Nabasque.

2. S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec 1992, préf. A. Viandier. V. égal. les suggestions faites par le rapport Marini, p. 67. Sur les difficultés tenant à un objet relativement impossible, Paris 6 déc. 1996, D. aff. 1997, p. 407 et chronique A. Fauchon, p. 397. Sur les formes à respecter dans la mise en œuvre de la clause, Com. 3 oct. 2006, Dr. sociétés 2006, n° 183, H. Lécuyer ; JCP E 2006, 2599 ; Com. 6 mai 2008, Bull. Joly 2008, p. 779, n° 167, Th. Massart.

3. Sur l'interprétation stricte du champ d'application de la préemption, Paris 4 déc. 2007, Bull. Joly 2008, p. 307, n° 66, B. Fages ; Rev. sociétés 2008, p. 330, D. Poracchia.

4. Com. 12 mai 1975, Rev. sociétés 1976, 337, J. Hémard ; RTD com. 1976, p. 532, n° 3, R. Houin ; Com. 26 avr. 1994, Rev. sociétés 1994, p. 480, M. Jeantin ; Bull. Joly 1994, p. 813, n° 218, P. Le Cannu ; Paris 2 juill. 2002 (aff. Azzaro) Bull. Joly 2002, p. 1204, n° 257, P. Le Cannu. Le préjudice peut être considérable si l'équilibre est rompu au sein de la société, et l'allocation de dommages-intérêts, même importants, ne sera qu'une piètre consolation. Sur le préjudice subi par des minoritaires en cas de perte d'équilibre à la suite de la violation d'un pacte, Com. 13 févr. 1996, Rev. sociétés 1996, p. 781, J.-J. Daigre. Com. 9 avr. 2002, JCP E 2003, 1250, J.-M. Tengang (en l'absence de préjudice, la violation du pacte n'entraîne pas de sanction).

5. V. auparavant, la jurisprudence *Schwich*, qui exigeait la preuve d'une collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire, Com. 7 mars 1989, JCP E 1989, II, 15617, concl. M. Jéol, note Y. Reinhard et 15517, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD civ. 1990, p. 70, n° 7, J. Mestre et, sur renvoi, Lyon 15 nov. 1990, Bull. Joly 1991, p. 54, n° 8 ; RTD com. 1991, p. 228, Y. Reinhard. V. égal. B. Mercadal et Ph. Janin, *Sanction des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires*, RJDA 1992, p. 3.

6. Ch. mixte 26 mai 2006, Bull. Joly 2006, p. 1072, n° 218, H. Le Nabasque ; JCP E 2006, 2378, Ph. Delebecque ; Rev. sociétés 2006, p. 808, J. F. Barbiéri ; D. 2006, p. 1861, P. Y. Gautier et

L'arrêt pose évidemment la question de savoir comment le bénéficiaire de la clause pourra prouver que le tiers connaissait ses intentions. Il n'est pas interdit d'espérer que la jurisprudence franchisse un nouveau pas en présument l'intention du bénéficiaire de se prévaloir de la clause.

Afin de faire respecter ces accords de préemption, il peut être opportun d'organiser une **séquestration** conventionnelle ¹. Le recours à la clause pénale a perdu une partie de son attrait depuis que le juge dispose d'un pouvoir modérateur (cf. art. 1152 et 1231 C. civ.). Sur les possibilités offertes par la SAS, cf. *infra*, n° 595-1 s.

SECTION 3. LES OBLIGATIONS

327 Caractéristiques ◇ Les obligations sont des *titres négociables constatant une créance à long terme sur une société* ². Elles confèrent à leurs titulaires, les obligataires, les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale (art. L. 228-38 ; art. L. 213-5 C. mon.).

Les obligations, qui n'ont fait leur apparition que dans la seconde moitié du XIX^e siècle, jouent actuellement un rôle considérable dans le financement de l'économie. En 2008, sur le seul marché français, les emprunts obligataires ont représenté 143,6 milliards d'€, alors que pendant la même année, il était seulement émis pour 27,4 milliards d'€ de titres de capital ³.

Ce succès des emprunts obligataires s'explique par les avantages que peut présenter l'obligation aussi bien pour la société émettrice que pour l'épargnant. La société qui a besoin d'argent peut se procurer, grâce à l'emprunt, des sommes très importantes sans avoir à subir de trop graves inconvénients : l'obligataire n'étant qu'un créancier il n'y a pas à redouter un bouleversement dans la composition des assemblées générales d'actionnaires, ce que pourrait provoquer une augmentation de capital (*infra*, n° 552). L'emprunt peut être moins onéreux qu'un prêt bancaire et l'indépendance de la société est plus facile à préserver face à de multiples obligataires, même regroupés en une masse (*infra*, n°s 339 s.), plutôt que face à un créancier unique, prêteur professionnel, le banquier. Enfin, si la société doit payer un

D. Mainguy ; *RJDA* 2006, p. 796, P. Chauvin ; *RTD civ.* 2006, p. 550, J. Mestre et B. Fages. Sur la même position adoptée par la 3^e Chambre civile, 31 janv. 2007, *D.* 2007, p. 1698, D. Mainguy ; 14 févr. 2007, *D.* 2007, p. 2444, J. Théron.

1. Rappr. sur une mesure de séquestre judiciaire à la suite d'une cession d'actions en violation d'un droit de préemption, Versailles 28 mai 1998, *JCP E* 1998, p. 1430 ; *D.* 1998, IR, p. 204.

2. Les obligations sont des titres financiers, appartenant à la catégorie des instruments financiers (art. L. 211-1, I nouv. C. mon.) qui se définissent comme des titres de créance qui représentent chacun un droit de créance sur la personne morale qui les émet. En matière bancaire, le crédit à long terme est celui dont la durée excède sept ans. Si pendant longtemps la durée des emprunts était d'environ quinze ans, on a assisté à un raccourcissement très sensible, avec des emprunts de 8-10 ans et même de 3- 5 ans quand le marché est frileux (*Les Echos*, 11 sept. 2008) ; v. *infra*, p. 397, emprunt EDF, 4 %, 2009.

3. *Rapport AMF*, 2008, p. 25.

intérêt à ses obligataires, celui-ci, à la différence des dividendes des actions, est fiscalement déductible des bénéfices sociaux imposables.

Quant à l'**obligataire**, il va recevoir chaque année un intérêt alors que s'il était actionnaire, il ne serait pas assuré de toucher un dividende annuel (*supra*, n° 294). Le titulaire d'obligation est également assuré d'être remboursé du montant nominal de son prêt sauf « faillite » de l'émetteur ¹, alors que s'il était associé, la valeur vénale de son action pourrait être inférieure à sa valeur nominale. Enfin, *sur le terrain fiscal*, les titulaires d'obligations bénéficient d'un prélèvement forfaitaire et libératoire de 27 % (prélèvements sociaux compris) qui les dispense de tout impôt progressif ².

L'obligation peut ainsi apparaître comme le placement type du « bon père de famille ». En réalité, en période d'**inflation**, ce n'est qu'un leurre pour l'obligataire, même s'il a placé judicieusement le produit de ses intérêts annuels, car lors du remboursement de l'emprunt, en application du principe du nominalisme monétaire, il ne recevra que la valeur nominale de son titre.

Si un épargnant a souscrit une obligation de 1 000 F en 1978, il a été remboursé en 1991 de 1 000 F, alors que s'il avait été tenu compte de l'érosion monétaire, il aurait dû toucher 2 372 F... Cependant le ralentissement de l'inflation depuis 1982, a permis de limiter la perte en capital.

De plus, en période de hausse des taux d'intérêt, les obligations anciennement émises à des taux plus bas, se déprécient sur le marché boursier. Si bien que la gestion directe d'un portefeuille d'obligations est très difficile pour l'épargnant, qui a de plus en plus tendance à s'en remettre aux spécialistes gérant les SICAV et les FCP (fonds communs de placement).

Du côté de la société, le recours à l'emprunt obligataire n'est pas sans **risque** non plus. D'une part, à la différence des dividendes d'actions, les intérêts des obligations doivent être payés chaque année, même si l'exercice social est déficitaire. La société peut alors être contrainte d'emprunter à nouveau pour pouvoir payer les intérêts de l'emprunt précédent, ce qui risque d'entraîner pour elle des frais financiers considérables. D'autre part, en période de baisse des taux, la société qui n'a pas prévu de possibilité de remboursement anticipé, va continuer à verser un intérêt élevé, alors qu'en lançant un nouvel emprunt, elle n'aurait à verser qu'un intérêt plus faible.

Devant ces inconvénients, on comprend les trésors d'imagination déployés par les banquiers et les directeurs financiers des grandes sociétés pour attirer les spécialistes des organismes de gestion collective, en leur offrant des instruments de placement suffisamment variés pour leur permettre de

1. J.-F. Barbière, *Associés et obligations d'une société faillie*, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 153.

2. Le taux du prélèvement est fixé par l'art. 125 A-III bis 1° CGI à 18 %. Cependant, compte tenu des divers prélèvements sociaux (dont ne sont pas redevables les non-résidents), ce taux s'élève en définitive à 30,1 %. Le bénéfice du sursis d'imposition applicable aux plus-values réalisées par les entreprises lors d'OPE (*infra* n° 649) est étendu aux opérations d'échange d'obligations contre des actions.

s'assurer contre les risques les plus divers ¹. La gamme des produits obligataires est devenue tellement sophistiquée, tellement complexe, que l'on a été conduit à distinguer les obligations simples (classiques) des obligations composées ². Les **obligations simples** confèrent aux prêteurs le droit aux intérêts et le droit au remboursement en argent à l'échéance convenue. Les **obligations composées** (obligations convertibles en actions, obligations échangeables contre des actions ou obligations à bons de souscription, OBSA), offraient des avantages supplémentaires, qui permettaient à l'obligataire d'origine de devenir actionnaire ou d'acquérir des actions ou des obligations à des conditions préférentielles.

Dans un souci de simplification, l'**ordonnance du 24 juin 2004** ³ a abrogé les mesures concernant les obligations avec bons de souscription d'actions (OBSA), les obligations convertibles en actions et les obligations échangeables contre des actions (art. 51 IX ord.). Un régime unifié a été créé, celui des **valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances** (art. L. 228-91 s. ; *infra* n° 346 s.).

Il en résulte que les émissions de ces titres sous leur ancienne réglementation ne sont plus possibles. Les valeurs mobilières qui avaient été émises avant le 27 juin 2004, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, sont soumises au nouveau régime, sous réserve du maintien des droits des titulaires définis par le contrat d'émission (art. 64 II ord.).

328 Réglementation ◇ Le *Crédit Foncier de France* ⁴ et les compagnies de chemins de fer ayant réuni des capitaux très importants en lançant les premiers emprunts obligataires, le législateur intervint dans le désir de protéger les épargnants par une loi du 30 janvier 1907. Mais c'est seulement un décret-loi du 30 octobre 1935 « relatif à la protection des obligataires » qui établit un texte général sur les obligations. Ses grandes lignes ont été reprises par la loi de 1966 (art. L. 228-38 à L. 228-90 ; art. L. 245-9 à L. 245-15 pour le dispositif pénal et R. 228-57 à R. 228-86).

1. V. par ex. L. Chatain-Autajon, *Les obligations-catastrophe*, Bull. Joly 2008, p. 347, n° 76. Les *cat bonds* ou **obligations catastrophe** sont des obligations dont le paiement des intérêts et le remboursement du capital dépendent de la survenance d'une catastrophe naturelle extrême. Si l'événement se produit, les investisseurs peuvent perdre tout ou partie de leur capital qui sera utilisé pour indemniser les assurés.

2. Rapp. D. Schmidt, *Le régime actuel des valeurs mobilières*, Rev. dr. bancaire 1987, n° 2, p. 42. Le rapport annuel de l'AMF indique chaque année les nombreuses nouveautés qui ont été offertes sur le marché obligataire. Le produit peut cependant n'avoir qu'un succès éphémère et ne pas se retrouver d'une année sur l'autre.

3. Sur les modifications apportées par l'ordonnance, cf. Th. Bonneau, *Dr. sociétés* 2004, n° 152.

4. Les **obligations foncières** sont émises par des sociétés de crédit foncier. Leur remboursement est garanti par un privilège assis sur certains prêts que ces sociétés consentent. Leur régime juridique a été rénové par la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière. V. commentaire H. Hovasse, *Joly Bourse* janv.-févr. 2000, p. 1, n° 1.

L'obligation doit être distinguée ¹ de titres voisins comme les **bons de caisse** qui sont émis par les établissements de crédit ou plus rarement par les sociétés en contrepartie des prêts qui leur sont consentis. Comme les obligations, ils sont productifs d'intérêts, mais à leur différence, ils sont de courte durée, ne sont émis qu'au fur et à mesure des besoins, et sont généralement individualisés (montant, date de remboursement, intérêt pouvant varier d'un bon à l'autre) ².

§ 1. L'emprunt obligataire

A. L'émission de l'emprunt

Comme tout contrat, la souscription d'obligations se forme par la rencontre de l'offre de contracter lancée par l'émetteur et de l'acceptation donnée par le souscripteur. Lorsque la souscription est ferme, elle ne peut être remise en cause que pour un motif tenant soit à un vice du consentement, soit au non respect des termes du contrat d'émission ³.

329 Conditions relatives à l'émetteur ◇ Si les *sociétés par actions* peuvent émettre des obligations (art. L. 228-39 al. 1), cette possibilité est également offerte aux groupements d'intérêt économique composés exclusivement de sociétés par actions (art. 251-7, *infra*, n° 631), aux associations qui exercent une activité économique (L. 11 juillet 1985 ; D. 11 décembre 1985) ⁴, aux SARL importantes depuis l'ordonnance du 25 mars 2004 (*supra* n° 227-1) et bien sûr à l'État et aux personnes morales de droit public.

1. Les OAT (**obligations assimilables du Trésor**) sont des emprunts d'une durée de dix ans, émis par l'État chaque mois. Les spécialistes en valeurs du Trésor peuvent les acheter lors d'adjudications mensuelles. Il ne faut surtout pas confondre les *obligations* avec les **obligations cautionnées** qui sont des titres souscrits au profit de l'Administration par les entreprises (PME) avec la caution d'un établissement de crédit pour différer le règlement d'impôts indirects (TVA, douanes...). L'échéance est de deux à quatre mois, et les obligations cautionnées fournissent un appoint de trésorerie important, mais onéreux (R.M. JO déb. AN 8 juin 1987, p. 3323).

2. Sur les difficultés auxquelles peuvent donner lieu ces bons au porteur en cas de vol, Agen 6 mai 1993 (application de l'art. 2279 C. civ.) et TGI Paris 18 janv. 1993 (art. 2277 C. civ.) Dr. sociétés 1993, n° 215, H. Hovasse.

3. Com. 10 juillet 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 120, F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno (rejet de la demande d'un obligataire qui réclamait l'annulation de sa souscription en invoquant le défaut de remise du nombre exact de titres qu'il avait souscrits),

4. Y. Guyon, *La loi du 11 juill. 1985 autorisant l'émission de valeurs mobilières par certaines associations*, ALD 1986, p. 33 ; F. Zénati, *RTD civ.* 1985, p. 780, n° 16 ; Ph. Reigné, *Les valeurs mobilières émises par les associations*, *Rev. sociétés* 1989, p. 1. Durant l'année 1986, seules trois associations avaient usé de cette possibilité. (V. 19e Rapport annuel de la COB 1986, p. 162.) Deux, en 1988 (Ph. Reigné, n° 9). Sur l'émission d'obligations par les coopératives agricoles, cf. L. 3 janv. 1991 (art. L. 523-9 C rural) ; R.M. JO déb. AN 4 mars 1991, p. 821, *Bull. Joly* 1991, p. 422, n° 141.

1) Depuis la loi NRE, il n'est plus exigé que la société ait un minimum d'ancienneté ¹. Simplement, si la société n'a pas établi deux bilans régulièrement approuvés, l'émission d'obligations doit être précédée d'une vérification de l'actif et du passif dans les conditions prévues aux articles L. 225-8 et L. 225-10 (cf. art. L. 228-39).

2) L'emprunt ne peut être émis que si le *capital social est entièrement libéré* (art. L. 228-39, al. 2). Il est en effet normal que la société réclame d'abord à ses actionnaires ce qu'ils n'ont pas encore versé, avant de faire appel à autrui.

Toutefois, l'émission est possible bien que le capital n'ait pas été intégralement libéré, si les actions non encore libérées ont été réservées aux salariés au titre de l'actionnariat ou d'un plan d'épargne d'entreprise ou si l'émission est faite en vue de l'attribution aux salariés des obligations émises au titre de leur participation aux fruits de l'expansion de l'entreprise (art. L. 228-39, al. 3).

3) Jusqu'à l'ordonnance du 24 juin 2004, c'est l'*assemblée générale ordinaire des actionnaires* qui avait seule qualité pour décider ou autoriser l'émission d'obligations ². Mais le recours à l'émission d'obligations s'est progressivement banalisé et les émetteurs ont souhaité que le conseil d'administration (ou le directoire) puisse librement choisir entre l'emprunt bancaire et l'emprunt obligataire.

Désormais, le **conseil d'administration, le directoire** (ou les gérants des commandites par actions) ont qualité pour décider ou autoriser l'émission d'obligations, sauf si les statuts réservent ce pouvoir à l'**assemblée générale** ou si celle-ci décide de l'exercer (art. L. 228-40, al. 1^{er}).

Le conseil d'administration peut également déléguer à un ou plusieurs de ses membres, au directeur général ou, en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués (et dans les établissements de crédit, à toute personne de son choix) les pouvoirs nécessaires pour réaliser dans un délai d'un an l'émission d'obligation et en arrêter les modalités. Cette même délégation est possible au sein du directoire. Les personnes désignées doivent alors rendre compte de l'exécution de leur mission au conseil d'administration ou au directoire (al. 2 à 4).

4) Le montant de l'emprunt est fixé librement par la société émettrice, qui n'est tenue par aucun ratio, alors qu'on aurait très bien pu exiger que ne soit pas dépassé par exemple un certain rapport entre le capital social et le montant des emprunts. De même, aucune autorisation administrative préalable n'est requise ³.

1. Sur le nouveau régime, cf. Bull. COB oct. 2001 ; RTD com. 2002, p. 122, N. Rontchevsky. Auparavant, il fallait que la société ait deux années d'existence et deux bilans régulièrement approuvés.

2. Pour les émissions d'obligations ouvrant droit par la suite à des titres de capital, c'est l'*assemblée générale extraordinaire* qui est seule compétente (art. L. 225-150, L. 225-161, L. 225-169).

3. Cf. lettre du ministre de l'économie au président de l'AFECEI, 1^{er} oct. 1998.

- 330 Conditions relatives aux titres** ◇ La valeur nominale des obligations est librement fixée par la société émettrice ¹.

La *valeur nominale* de l'obligation (le pair) est le quotient du montant de l'emprunt par le nombre des obligations émises. La *valeur d'émission* peut être inférieure au pair s'il y a une prime d'émission (*infra*, n° 333). La *valeur de remboursement* est supérieure s'il y a une prime de remboursement (*infra*, n° 338). La *valeur vénale ou boursière* de l'obligation varie en fonction de l'offre et de la demande qui elle-même fluctue en fonction de l'évolution des taux d'intérêt.

Depuis la dématérialisation (*supra*, n°s 271 s.) les obligations, comme les autres valeurs mobilières, doivent faire l'objet d'une inscription en compte. Les titres émis par les sociétés non cotées doivent obligatoirement revêtir la forme nominative, les autres peuvent être sous la forme nominative ou au porteur.

B. La réalisation de l'émission

- 331 Procédés d'émission** ◇ L'émission de l'emprunt obligataire est privée lorsque la société cherche elle-même des souscripteurs. Le plus souvent, elle est publique, la société émettrice ayant recours à des banques, des établissements financiers ou des prestataires de services d'investissement, pour placer les titres.

À cette occasion, des **syndicats financiers** se constituent pour les émissions importantes. Avec le **syndicat de placement**, les banques mettent leurs guichets au service de la société émettrice pour lui permettre de placer ses obligations. Le **syndicat de garantie** s'engage à souscrire les titres qui n'auraient pas pu être placés auprès du public. Avec le **syndicat de prise ferme**, les syndicataires souscrivent ferme l'ensemble des titres émis et se chargent de leur placement auprès du public ².

Lorsque plusieurs sociétés appartiennent à un même secteur industriel ou commercial, elles peuvent participer à un emprunt collectif émis pour leur compte par un groupement professionnel (par ex. GIE). L'AMF admet même qu'elles émettent ensemble un même emprunt, sans constituer un groupement, dès lors qu'elles sont toutes solidaires de l'emprunt et qu'elles désignent un chef de file ³.

- 332 Publicité de l'émission** ◇ Si l'émission est privée, aucune publicité n'est exigée. En revanche, s'il est fait une offre au public, une *notice d'information* doit être insérée au BALO avant l'ouverture de la souscription (art. L. 412-1 C. mon).

La notice, revêtue de la signature sociale, doit contenir de nombreuses indications (cf. art. R. 228-57), en particulier le montant de l'émission, la valeur nominale des

1. L'article 7 du décret du 30 oct. 1948 qui exigeait un minimum de 100 F a été abrogé par le décret du 1^{er} avr. 1999, article 18.

2. Cf. B. Soussi-Roubi, Vo Syndicat d'émission.

3. Bull. COB oct. 1979, n° 119, p. 4.

obligations à émettre, le taux d'intérêt, les modalités de paiement ; l'époque, les conditions de remboursement ainsi qu'éventuellement les conditions de rachat des obligations ; les garanties conférées, le cas échéant, aux obligations.

La société émettrice doit également publier un **prospectus** revêtu du visa de l'AMF avant toute mise à la disposition du public (art. 212-1 s. Règl. gén. AMF) ¹.

333 Prix d'émission ; libération des obligations ◇ Le prix d'émission peut être différent de la valeur nominale de l'obligation (le pair). En effet, pour attirer les épargnants, l'émission peut se faire au-dessous du pair : l'obligation d'un nominal de 1 000 € est émise à 990 €. La différence de 10 € constitue la *prime d'émission*, « prime en dedans » (sur la prime de remboursement, *cf. infra*, n° 338). En contrepartie, le taux d'intérêt sera généralement plus faible.

La loi ne fixe aucune règle concernant la libération. En pratique, l'intégralité de la somme due est versée au moment de la souscription. Tous les procédés de paiement sont admis, y compris la compensation, à condition que le souscripteur ait une créance certaine, liquide et exigible sur la société émettrice.

§ 2. Droits des obligataires

334 Nature juridique ◇ L'obligataire, à la différence de l'actionnaire, est *créancier* de la société. Il a droit, selon les modalités précisées dans le contrat d'émission, au paiement d'un intérêt annuel (A), qui en principe est fixe, et au remboursement du capital qu'il a prêté (B). La défense de ses droits individuels est assurée collectivement par le groupement des obligataires réunis en une « masse » dotée de la personnalité morale (*infra*, n°s 339 s.).

Des sûretés particulières peuvent être constituées par la société avant ou après l'émission pour le compte de la masse (*cf.* art. L. 228-77 à L. 228-82 et R. 228-81 à 228-83) ². Il peut s'agir de sûretés réelles (hypothèque sur les immeubles sociaux, nantissement sur fonds de commerce). La société émettrice peut également offrir le cautionnement d'un tiers (garantie de l'État, d'une collectivité publique, ou de la société mère pour l'emprunt lancé par une filiale).

Il se peut également que la société, lorsqu'elle émet un emprunt obligataire, promette aux souscripteurs de ne pas émettre ultérieurement un autre emprunt à des conditions plus favorables pour les nouveaux souscripteurs, sauf à leur accorder les mêmes avantages. C'est la **clause pari passu** (clause de traitement égal) ³.

1. Sauf cas de dispense, *cf.* art. 212-4 et 212-5 Règl. gén. AMF.

2. *Cf.* J.-P. Langlade, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, RTD com. 1979, 355. Sur les conséquences de la cessation des paiements de la société émettrice, *cf.* J.-F. Barbieri, *Associés et obligataires d'une société « faillie »*, Rev. proc. coll. 1991, p. 153.

3. L. Valette, *La clause de traitement égal, dite « pari passu »*, Thèse dactyl. Paris IX, 1999.

Les obligations étant, comme les actions, des titres négociables peuvent être cédées, par virement de compte à compte depuis la dématérialisation ¹. Elles peuvent également faire l'objet d'un nantissement ², mais la société ne pourrait constituer un nantissement quelconque sur ses propres obligations (art. L. 228-44).

A. Paiement de l'intérêt

335 Taux de l'intérêt ³ ◇ Le taux de l'intérêt est établi au moment de l'émission de l'emprunt. Il est fonction de l'état du marché financier et doit être identique pour toutes les obligations faisant partie d'un même emprunt, en application du principe de l'unité des droits des obligataires d'une même émission (art. L. 213-5 C. mon. ; L. 228-38).

Les emprunts bénéficiant de la garantie de l'État (« emprunts de 1^{re} catégorie ») ne faisant courir aucun risque aux prêteurs produisent un taux inférieur aux emprunts du secteur privé non garantis (« emprunts de 2^e catégorie »), théoriquement plus risqués. C'est le prix attaché à la « qualité de la signature ». Mais on a assisté depuis 1989 à un retrait progressif de la garantie de l'État.

Généralement le taux de l'intérêt est fixe : déterminé au moment de l'émission, le montant de l'intérêt annuel reste sans changement jusqu'au remboursement de l'emprunt. Mais il n'y a rien là d'obligatoire et un intérêt variable peut être également offert. En période d'instabilité monétaire, les imaginations sont particulièrement fertiles. C'est ainsi qu'ont été créées au cours de ces dernières années :

- **Les obligations participantes** : en plus d'un intérêt fixe, elles donnent droit à un intérêt supplémentaire dont le montant varie avec les bénéfices réalisés par la société. Ce type d'obligation se rapproche de l'action, mais l'obligataire reste un prêteur, qui participe aux bénéfices. En pratique ces obligations n'ont pas connu grand succès : elles impliquent que les sociétés émettrices obtiennent de bons résultats, et les calculs auxquels elles contraignent sont généralement complexes.

- **Les obligations à taux variable** ⁴ apparues depuis 1974, ont connu assez vite une grande faveur, car elles assurent aux souscripteurs une bonne protection contre les hausses de taux d'intérêt. Mais depuis 1989, on est revenu aux obligations à taux fixe.

1. Sur l'intérêt présenté par la vente à réméré des obligations, cf. J.-B. Heinrich, 1989, JCP E 1984, II, 14282.

2. D. Fasquelle, *Le nantissement des valeurs mobilières*, RTD com. 1995, p. 1.

3. J. Stoufflet, *Les emprunts obligataires et la limite légale du taux de l'intérêt conventionnel*, Mélanges AEDBF III, p. 343 ; D. Legeais in RTD com. 2003, p. 786 ; D. Caramalli, *La question de l'application des règles relatives à l'usure aux emprunts obligataires*, D. 2002, p. 1413. Pour une réponse négative, favorisant donc l'émission de titres de créance à haut rendement (*high yield bonds*), R.M. JO déb. Sénat 2 janv. 2003, p. 41 ; Dr. sociétés 2003, n° 95, Th. Bonneau.

4. P. Simonet, *Les obligations à taux variable*, Banque 1982, 573.

Dans l'emprunt à taux variable, l'intérêt n'est pas connu à l'avance, le taux de référence peut être par exemple le taux de rendement moyen des emprunts obligataires (TMO), le taux annuel monétaire (TAM) ou le taux interbancaire EURIBOR (Euro interbank offered rate). Un taux plancher est généralement garanti ¹.

- **L'emprunt à taux révisable** (ou flottant) bénéficie d'un taux connu à l'avance, révisable périodiquement, tous les trois ans (TRO) ou tous les ans (TRA) sur la base des taux du marché.

336 Paiement de l'intérêt ◇ Le paiement est fait au siège social ou plus généralement par les banques désignées par la société. Les obligations remboursées n'ont plus droit à l'intérêt. Si cependant, par erreur, la société a continué à payer les intérêts, elle ne peut pas réclamer ces sommes lorsque ces obligations sont présentées au remboursement. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. L. 228-45).

La plupart des contrats d'émission ne prévoient qu'une seule échéance d'intérêts par an. Les intérêts non perçus sont, comme les dividendes d'actions, prescrits au profit de l'État à l'expiration d'un délai de cinq ans (art. 2224 nouv. C. civ. ; art. L. 1126-1 et L. 1126-2 CGPPP).

Le versement annuel de l'intérêt a été supprimé dans certains produits financiers comme les « **obligations à coupon zéro** » ² qui ne comportent aucun intérêt, l'obligataire recevant à l'échéance du titre, une prime de remboursement ; ou les « **obligations à coupon unique** », dont les intérêts annuels sont capitalisés, le paiement ayant lieu seulement à l'échéance de l'obligation (cas des obligations renouvelables du Trésor, ORT, qui peuvent être également échangées contre de nouvelles ORT de même montant, mais au taux alors en vigueur) ³.

Pour comparer les avantages d'emprunts différents, l'épargnant ne peut pas se contenter du taux d'intérêt nominal (ou facial) de l'obligation. Il doit tenir compte du **taux actuariel**, c'est-à-dire du rendement exact ramené à une période d'un an, en prenant en considération tous les revenus et avantages financiers (primes d'émission, de remboursement, montant du capital réellement disponible...), des modalités de remboursement du capital, des dates d'encaissement des intérêts. Si l'incidence fiscale de l'opération n'est pas prise en compte il s'agit du taux d'intérêt actuariel brut ; dans le cas contraire du taux d'intérêt actuariel net.

Le rendement d'une obligation de 1 000 € à 4 % est en réalité supérieur à ce taux, si l'obligation est émise au-dessous du pair. De même si le premier intérêt est payé moins d'un an après le versement du prix, ce décalage de jouissance accroît le rendement du titre.

1. V. Bull. COB mars 1983, n° 157, p. 5, sur la normalisation de l'appellation des obligations à taux variable.

2. A. de Clermont-Tonnerre, *Obligations à coupon zéro : Un irrésistible succès*, Banque 1992, p. 1078.

3. Le premier emprunt à coupon unique a été lancé en France par Gaz de France en déc. 1984 (montant de 700 millions de francs au taux de 11,15 % et d'une durée de douze ans).

B. Remboursement du capital

337 Date de remboursement ◇ Les conditions de remboursement de l'emprunt sont fixées dans le contrat d'émission.

1) Le remboursement peut se faire **en une seule fois au terme convenu (in fine)**. À défaut de stipulation expresse, la société ne pourrait pas imposer aux obligataires le remboursement anticipé des obligations (art. L. 228-75).

En revanche, le remboursement anticipé est possible si le contrat d'émission l'autorise ¹ ou si l'assemblée générale des obligataires accepte de modifier les modalités d'amortissement de l'emprunt (art. L. 228-65-I, 5^e). En cas de dissolution anticipée de la société, non provoquée par une fusion ou par une scission, l'assemblée générale des obligataires peut exiger le remboursement des obligations et la société peut l'imposer (art. L. 228-76).

Se rapproche du remboursement anticipé de l'emprunt, l'opération de *defeasance* par laquelle l'émetteur d'un emprunt obligataire extrait cette dette de son bilan sans la rembourser directement. Par cette technique d'ingénierie financière, c'est un trust qui est chargé d'assurer le service de l'emprunt ².

Les obligations « à fenêtres » peuvent pendant certaines périodes (« les fenêtres ») être remboursées par anticipation sur demande soit de la société émettrice, soit de l'obligataire. Ces remboursements anticipés sont assortis de pénalités, dégressives dans le temps. Mais ces obligations à sortie optionnelle permettent d'allonger la durée des emprunts (15 à 18 ans) et de protéger les parties contre les fortes variations de taux.

2) Peut être également utilisé, le **remboursement par amortissement**. Chaque année la société désintéresse un certain nombre d'obligataires dont les titres sont tirés au sort. Deux modalités sont pratiquées :

– Chaque année la société rembourse un *nombre égal de titres*. La charge est très lourde au début pour l'émetteur, mais elle va en s'amenuisant, en raison de la diminution progressive du poids des intérêts.

Pour pallier cet inconvénient, la société peut prévoir un « différé » : le remboursement ne commencera qu'à l'expiration d'un certain délai (par ex. emprunt sur douze ans avec un différé d'amortissement de cinq ans). Pendant ce différé la société ne devra assurer que le paiement des intérêts.

– La société peut également procéder par *annuités constantes* : elle consacre alors la même somme chaque année au service de l'emprunt (amortissement et intérêts dus). En ce cas, le nombre de titres à rembourser augmente d'année en année puisque la charge des intérêts diminue. Le tableau d'amortissement fait l'objet d'une publicité (D. 28 février 1949).

1. Sur les conditions d'amortissement anticipé des titres obligataires par OPA ou OPE, Bull. COB n° 241, nov. 1990, p. 9 ; BCNCC n° 80, déc. 1990, p. 486.

2. C. Larroumet, *Sur la réalisation d'une defeasance en droit français*, in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 193 ; G. Berlioz, *Le point de vue du juriste sur l'opération de defeasance*, Rev. dr. bancaire 1989, p. 55 ; Ph. Paquet, *La defeasance en question*, Banque 1989, p. 1039 ; Cl.J. Ferry, « Defaisance économique » et fiducie, JCP E 1991, I, 23 ; *Le fondement juridique de l'effet comptable de la « defeasance économique »*, JCP E 1991, I, 92. Sur la fiducie, supra n°s 42 et 232.

4,5%

Emprunt obligataire EDF

Du 17 juin au 10 juillet 2009

Caractéristiques des Obligations EDF

Coupon	4,5 % (brut) l'an, soit un rendement actuariel de 4,5 %
Echéance	5 ans (17 juillet 2014)
Valeur nominale	1000 euros Le montant de souscription doit être un multiple de 1000 euros
Prix d'émission et de souscription	100 % (1000 euros pour une obligation souscrite)
Période de souscription	du 17 juin au 10 juillet 2009, sauf clôture anticipée au gré de l'Emetteur publiée la veille de la clôture envisagée sur le site Internet de l'Emetteur (www.edf.com)
Date de jouissance et de règlement	17 juillet 2009
Cotation	Euronext Paris
Durée conseillée de l'investissement	5 ans, toute revente des Obligations avant l'échéance peut entraîner un gain ou une perte



CHANGER L'ENERGIE ENSEMBLE

Cet emprunt qui a rencontré un très grand succès populaire a également permis aux banquiers de percevoir une commission de placement de 2 % contre 0,4 % dans le cadre d'un placement ordinaire d'obligations auprès des investisseurs institutionnels (*Le Figaro*, 25 juin 2009).

L'emprunt a été souscrit à hauteur de 2,5 milliards d'euros, au lieu d'1 milliard escompté, ce qui a conduit l'émetteur à interrompre l'opération avant le terme initialement prévu.

Les conséquences de l'amortissement sont les suivantes : la société doit rembourser les obligations sorties au tirage, qui doivent être annulées (art. L. 228-74). Les titres sortis cessent de produire intérêt (cf. art. L. 228-45). Le droit de demander le remboursement des obligations se prescrit par trente ans à partir de la sortie des titres au tirage. Le montant des obligations prescrites est acquis à l'État (art. L. 1126-1 CGPPP).

3) Lorsque les obligations sont cotées, les sociétés se réservent toujours un autre moyen d'amortissement : le **rachat en bourse**, suivi de leur annulation (art. L. 228-74) ¹. Le procédé est avantageux pour la société, quand en période de hausse des taux d'intérêt sur le marché primaire, l'obligation est cotée au-dessous du pair. Mais, bien entendu, il lèse l'épargnant contraint de céder ses titres pour se procurer des liquidités.

Les **titres subordonnés à durée indéterminée** (TSDI) ou obligations « perpétuelles » ne sont remboursables qu'à la liquidation de la société, après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion des titulaires de prêts participatifs et de titres participatifs (cf. art. L. 228-97). Ce sont des créances d'avant-dernier rang ².

338 Montant du remboursement ◇ En application du principe du nominalisme monétaire, la société rembourse à ses obligataires le montant nominal du titre. Le résultat est catastrophique pour l'épargnant en période d'érosion monétaire (*supra*, n° 327). Pour atténuer ce grave inconvénient les sociétés ont utilisé différents palliatifs, permettant d'offrir à l'obligataire un remboursement plus important que le capital qu'il avait versé :

– **l'obligation à prime** : émise au pair, elle est remboursable pour une valeur supérieure au prix d'émission.

L'obligation au nominal de 1 000 €, émise à 1 000 € est remboursable à 1 050 € (avec une prime de remboursement, prime « en dehors » de 50 €). Il peut y avoir cumul avec une prime d'émission, prime « en dedans » (*supra*, n° 333). On est alors en présence d'une obligation « à double prime ».

– **L'obligation à lots** : avec ce type d'emprunt, certaines obligations tirées au sort bénéficient d'une somme complémentaire plus ou moins importante ³.

– **L'obligation indexée** : le capital remboursé est fonction d'un indice qui devait être en relation directe avec l'activité de la société émettrice. Mais

1. Sur le devoir d'information des émetteurs concernant leur politique d'amortissement anticipé par rachat en bourse, cf. Bull. COB janv. 1986, n° 188, p. 4. *Addé Bull. COB* juin 1984, n° 171, p. 5, concernant certaines irrégularités commises à l'occasion de rachats en bourse ; et Bull. COB déc. 1986, n° 198, p. 12, sur les modalités d'imputation des amortissements anticipés et l'information du public.

2. L. Faugérolas, *La subordination de créances*, in *Mélanges J. Derrupé*, 1991, p. 227 ; N. de Roo, et A. Landier-Juglar, *TSDI, Dette ou fonds propres ? Un produit complexe avantageux*, Banque 1991, p. 462 ; Bull. COB janv. 1991, p. 14 (projets de résolutions à soumettre aux A.G.).

3. Cf. A. Raimbault, *C'était hier ; le tirage des emprunts à lots du Crédit Foncier de France*, Banque, 1991, p. 574. Ce type d'émission doit être autorisé par la loi. A défaut, l'émission est nulle, sans préjudice de l'action en responsabilité civile contre les mandataires sociaux (cf. art. L. 213-6 C. mon.).

depuis la loi du 2 juillet 1998 portant DDOEF (art. 19), les obligations peuvent être indexées sur le niveau général des prix, c'est-à-dire sur l'inflation par une dérogation très importante au régime restrictif de l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958. Les produits générés par ces instruments financiers bénéficient d'un régime fiscal favorable autorisant leurs titulaires à opter pour le prélèvement forfaitaire libératoire ¹.

En 1998, on a assisté au lancement de nombreux emprunts avec des obligations indexées sur le cours des actions de l'émetteur (*PPR, Rhône-Poulenc, LVMH*) ². Les émetteurs évitent ainsi une dilution de leur capital lors du remboursement. Sur ce terrain, l'obligation indexée est donc plus intéressante que l'obligation convertible.

En 2008, il y a eu 2 émissions d'**OCEANE** (obligations à option de conversion et/ou d'échange en actions nouvelles ou existantes) ; 10 émissions d'**OBSAR** (obligations à bon de souscription d'actions remboursables), aucune émission d'**ORA** (obligations remboursables en actions), aucune émissions d'**OCA** (obligations convertibles en actions), source : rapport annuel AMF 2008, p. 110.

– **L'obligation libellée en monnaie étrangère** : pour un emprunt émis et payé en France, la monnaie de paiement ne peut être que l'euro depuis le 1^{er} janvier 2002. Mais si l'émission a un caractère international, la monnaie de paiement peut être stipulée en monnaie étrangère ou en or. Quant à la monnaie de compte, qui permet de calculer le montant du capital à rembourser, elle peut être fixée par référence à une monnaie étrangère ou à l'euro.

§ 3. Groupement des obligataires

339 Origine ◇ Les obligataires qui ont souscrit au même emprunt ont des intérêts communs qu'ils tiennent de cette même origine. Cette communauté d'intérêts leur a donné l'idée d'établir des groupements leur permettant d'agir collectivement auprès de la société émettrice afin d'assurer le respect de leurs droits.

Pour l'émetteur, le regroupement des obligataires est également utile, puisqu'il peut permettre de faire accepter la révision du contrat d'émission dès lors que celle-ci est votée par une majorité d'entre eux.

La loi, reprenant les grandes lignes du décret-loi du 30 octobre 1935 relatif à la protection des obligataires, déclare expressément que les porteurs d'obligations sont groupés de plein droit en une **masse** (art. L. 228-46 al. 1). Il convient de préciser comment celle-ci est organisée (A) et quels sont ses pouvoirs (B).

Cette réglementation de la masse apparaît quelque peu désuète ³ dans la mesure où les obligataires ne sont plus les « petits épargnants » totalement incompetents qu'il convient de protéger à tout prix. Les obligataires sont

1. V. *supra*, n° 327 ; P. Valentin, *Les obligations indexées sur l'inflation*, Banque mars 1998, p. 58.

2. A. S. *Les entreprises redécouvrent les obligations indexées sur les actions*, *Option Finances*, 5 janv. 1998, p. 16.

3. V. par ex. Y. Guyon, n° 767.

maintenant pour l'essentiel des SICAV, des fonds communs de placement, des compagnies d'assurance parfaitement à même de se défendre, quand ils n'ont pas des intérêts convergents (*supra*, n° 327 ; *infra*, n° 345 *in fine*). La loi du 5 janvier 1988 a heureusement apporté quelques mesures de simplification.

A. L'organisation de la masse

- 340 Caractère obligatoire** ◇ Les porteurs d'obligations d'une même émission sont réunis de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs, en un groupement, une « masse », dotée de la personnalité morale.

L'attribution de la personnalité morale à la masse est d'autant plus remarquable qu'elle n'a pas de patrimoine propre : ses frais de fonctionnement sont à la charge de la société émettrice (*cf.* art. L. 228-56 et L. 228-71). Mais cette attribution de la personnalité civile s'imposait pour lui permettre d'agir en justice et d'être représentée.

La masse comprend tous les obligataires d'une même émission ayant des droits identiques. Il y a donc autant de masses qu'il y a d'emprunts obligataires émis par une société. Cependant, pour éviter une trop grande prolifération des masses, en cas d'émissions successives d'obligations, la société peut, lorsqu'une clause de chaque contrat d'émission le prévoit, grouper en une masse unique les porteurs d'obligations ayant des droits identiques (art. L. 228-46, al. 2) ¹.

Les dispositions légales relatives au groupement obligatoire en une masse ne sont cependant pas applicables, sauf clause contraire du contrat d'émission, aux sociétés dont les emprunts sont soumis à un régime légal spécial, ni aux emprunts garantis par l'État, les départements, les communes ou les établissements publics, ni aux emprunts émis à l'étranger par des sociétés françaises (art. L. 228-90) ².

La masse est dotée par la loi d'une organisation, avec des représentants (a) et une assemblée générale (b).

a. Les représentants de la masse

- 341 Nomination** ◇ Les représentants de la masse ne peuvent pas être plus de trois. La loi n'exige pas qu'ils soient eux-mêmes obligataires. En principe ils sont désignés par l'assemblée générale des obligataires. Toutefois, en cas d'émission par appel public à l'épargne, ils peuvent être désignés dans le contrat d'émission, ce qui évite d'avoir à réunir une assemblée (art. L. 228-

1. Sur les conditions d'assimilation des obligations dont certaines sont assorties de bons d'échange, *cf.* communication COB, *Bull.* COB juill.-août 1989, n° 227, p. 7 ; *Bull.* Joly 1989, p. 818, n° 294.

2. *Cf.* communication COB, *Bull.* COB févr. 1990, n° 233, p. 16 ; *Bull.* Joly 1990, p. 337, n° 98.

47) ¹. En cas d'urgence, ils peuvent être désignés par le président du tribunal de grande instance statuant en référé, à la demande de tout intéressé (art. L. 228-50, L. 228-51 al. 2 ; R. 228-60 ; v. égal. art. L. 228-51 al. 1). La durée de leurs fonctions est librement fixée dans le contrat ou, à défaut, par l'assemblée (art. L. 228-65) qui peut également les révoquer (art. L. 228-52). Une rémunération peut leur être allouée par l'assemblée ou par le contrat d'émission. Elle est à la charge de la société (cf. art. L. 228-56 et R. 228-63, al. 1).

342 Pouvoirs des représentants ◇ Les représentants sont des mandataires de la masse (art. L. 228-47, L. 228-48). Ils ont le pouvoir d'accomplir au nom de celle-ci tous les actes de gestion pour la défense des intérêts communs des obligataires, sauf restriction décidée par l'assemblée générale des obligataires (art. L. 228-53). Il s'agit essentiellement d'actes conservatoires (inscription d'hypothèque, nantissement, privilège ; renouvellement de ces inscriptions ; art. L. 228-79, al. 4).

Leur pouvoir le plus important est cependant celui d'**agir en justice**. La loi les a dotés d'un véritable monopole pour les droits et obligations qui intéressent l'ensemble des obligataires dès lors qu'ils ont été autorisés par l'assemblée générale (art. L. 228-54, al. 1).

Ils sont donc seuls habilités à intenter des actions en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution ainsi que les actions ayant pour objet la défense des intérêts communs des obligataires (art. L. 228-54, al. 1) ². Et lorsqu'une action en justice est dirigée contre l'ensemble des obligataires d'une même masse, elle ne peut être intentée que contre les représentants de cette masse (al. 2). La sanction en cas de violation de ces dispositions est très efficace puisque toute action intéressant l'ensemble des obligataires qui n'est pas intentée par ou contre les représentants de la masse doit être déclarée d'office irrecevable (al. 3).

En cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires de la société émettrice, il leur appartient de déclarer auprès du représentant des créanciers, pour tous les obligataires composant la masse, le montant en principal des obligations restant en circulation, augmenté pour mémoire des intérêts échus et non payés (art. L. 228-83 s.) ³.

1. Sur la condition de nationalité, les incompatibilités, cf. art. L. 228-48, L. 228-49. Sur la publicité de leur nomination, cf. art. R. 228-61.

2. Com. 15 juin 1999 (aff. *Amrep*), *Bull. Joly* 1999, p. 915, n° 216, Ph. Merle ; *Joly Bourse* 1999, p. 505, n° 97, A. Couret ; *Rev. sociétés* 1999, p. 640, Y. Guyon ; *Dr. sociétés* 1999, n° 169, D. Vidal ; *RTD com.* 1999, p. 904, Y. Reinhard ; *JCP E* 1999, p. 1488, A. Viandier ; *Banque*, sept. 1999, p. 72, J.-L. Guillot (action contre la société émettrice et la « banque arrangeur » de l'émission) ; et sur renvoi, Paris 15 mai 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1054, n° 230, P. Le Cannu ; C. Nicod, *L'action en justice pour la défense des intérêts communs des obligataires*, *Rev. sociétés* 2000, p. 491.

3. Com. 2 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1356, n° 269, Ph. Pétel ; *JCP E* 2004, 1819, Th. Bonneau ; *Dr. sociétés* 2004, n° 171, J. P. Legros (défaut de désignation d'un représentant de la masse ou carence de sa part). Paris 5 avr. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 183, n° 32, M. N. Legrand. Lorsqu'il existe des obligataires, une assemblée générale constituée de l'ensemble des créanciers titulaires

Les représentants de la masse ont également compétence pour convoquer et présider les assemblées générales des obligataires (art. L. 228-58, L. 228-64).

Ils ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion des affaires sociales. Mais ils ont accès aux assemblées générales d'actionnaires sans voix délibérative et ils ont le droit d'obtenir communication des documents mis à la disposition des actionnaires dans les mêmes conditions que ceux-ci (art. L. 228-55). Individuellement, les obligataires ne sont pas admis à demander communication de ces documents ou à exercer un contrôle sur les opérations de la société (art. L. 228-70).

b. L'assemblée générale des obligataires

343 Organisation ◇ L'assemblée générale des obligataires réunit les obligataires d'une même masse en vue de délibérer sur toutes les mesures ayant pour objet d'assurer la défense des intérêts communs, l'exécution du contrat d'emprunt ainsi que sur toutes propositions tendant à le modifier. Le régime des assemblées d'obligataires, largement calqué sur celui des assemblées d'actionnaires, a été simplifié par la loi du 5 janvier 1988 et l'ordonnance du 24 juin 2004 qui a unifié les règles de quorum et de majorité, quelle que soit la nature des décisions à prendre (art. L. 228-65) ¹. Pour les assemblées d'obligataires, il n'y a donc plus désormais de distinction à faire entre les assemblées ordinaires et extraordinaires.

L'assemblée générale des obligataires d'une même masse peut être réunie à toute époque, mais la loi n'impose aucune périodicité (art. L. 228-57) ². La convocation peut émaner des représentants de la société débitrice, des représentants de la masse ou des obligataires eux-mêmes (art. L. 228-58 et R. 228-67 sur la publicité de l'avis de convocation). Le droit de vote attaché aux obligations est proportionnel à la quotité du montant de l'emprunt qu'elles représentent, et chaque obligation donne droit à une voix au moins (art. L. 228-67) ³. Les obligataires peuvent se faire représenter par un mandataire même non obligataire (art. L. 228-61 al. 2) ; mais ne peuvent être choisis comme mandataires les dirigeants sociaux ou leurs proches

d'obligations émises en France ou à l'étranger est convoquée afin de délibérer sur le projet de plan adopté par les comités de créanciers. La délibération peut notamment porter sur des délais de paiement, un abandon total ou partiel des créances obligataires et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Le projet de plan peut établir un traitement différencié entre les créanciers obligataires si les différences de situation le justifient. La décision est prise à la majorité des deux tiers du montant des créances obligataires détenues par les porteurs ayant exprimé leur vote, nonobstant toute clause contraire et indépendamment de la loi applicable au contrat d'émission (art. L. 626-32 ; R. 626-60 nouv.).

1. Sur la justification de la qualité d'obligataire pour pouvoir participer aux assemblées, un régime comparable à celui des actionnaires a été mis en place (cf. art. R. 228-71 et *infra*, n° 464).

2. Sur le lieu de réunion de l'assemblée, cf. art. R. 228-72).

3. Si les obligations font l'objet d'un usufruit, le droit de vote appartient nécessairement au nu-propriétaire (art. L. 228-66).

parents, afin d'assurer la liberté des délibérations (art. L. 228-62). Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, les obligataires peuvent voter par correspondance et, si les statuts le prévoient, ils peuvent participer aux assemblées par visioconférence ou par des moyens de télécommunication (art. L. 228-61, al. 3 à 5 ; R. 228-68)

L'assemblée générale ne peut valablement délibérer sur première convocation que si les obligataires présents ou représentés possèdent au moins le quart des obligations ayant droit de vote. Sur deuxième convocation aucun *quorum* n'est exigé. Les décisions sont prises dans tous les cas à la *majorité des deux tiers* des voix dont disposent les obligataires présents ou représentés (art. L. 228-65-II) ¹.

B. Les pouvoirs de la masse

344 Diversité ◇ L'assemblée a d'abord compétence pour tous les **actes conservatoires et d'administration**. Elle prend toutes les décisions concernant les représentants de la masse. Elle délibère sur toutes les mesures ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt, ainsi que sur les dépenses de gestion que ces mesures peuvent entraîner. L'assemblée a également compétence pour définir le sens dans lequel les représentants de la masse doivent répondre aux propositions de règlement du passif présentées par le mandataire judiciaire dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement de la société émettrice (art. L. 228-86).

L'assemblée générale a également compétence pour statuer sur les **incidents graves** survenant au cours de la vie sociale. Elle intervient quand la société veut accomplir des actes de nature à intéresser les obligataires ou quand elle envisage de modifier leurs droits :

- **intervention dans la vie sociale** : l'assemblée est appelée à donner son avis dès lors que la décision envisagée par la société émettrice peut porter atteinte aux droits des obligataires. Ainsi en va-t-il lorsque la société veut modifier son objet ou sa forme, procéder à une fusion ou une scission, ou encore émettre de nouvelles obligations comportant un droit de préférence sur les premières (art. L. 228-65, 1^o, 3^o, 4^o).

L'assemblée ne donne qu'un **avis**, qui ne lie pas la société. Si la société passe outre à un défaut d'approbation par l'assemblée, elle doit rembourser les obligataires qui en font la demande dans les trois mois du jour où la décision des dirigeants de passer outre a été publiée (art. L. 228-72 et R. 228-79). Tout obligataire a donc un droit individuel au remboursement.

Cependant, s'il s'agit du refus d'approuver une fusion ou une scission, la décision des dirigeants sociaux de passer outre n'entraîne pas automatiquement l'obligation

1. Sur la feuille de présence et le procès-verbal de l'assemblée, cf. art. L. 228-60-1. A toute époque, chaque obligataire a le droit de se faire communiquer les P. V. et les feuilles de présence des A. G. de la masse à laquelle il appartient (art. L. 228-69, al. 2). Il peut exercer ce droit par un mandataire qu'il désigne (art. R. 228-76, al. 2).

d'offrir aux obligataires le remboursement de leurs titres. La charge risquerait d'être trop lourde pour la société.

Les représentants de la masse peuvent être chargés de faire opposition à la fusion ou à la scission, comme des créanciers ordinaires. Le tribunal saisi pourra alors ordonner la constitution de garanties ou le remboursement des obligations (art. L. 228-73, L. 236-14).

– **modification des droits des obligataires** : il va être demandé à l'assemblée de consentir à une modification de la situation des obligataires au nom de l'intérêt social. La décision prise à la majorité des voix dont disposent les obligataires présents ou représentés s'imposera à tous (art. L. 228-65-II).

Le principe est celui de la **souveraineté de l'assemblée** puisqu'elle délibère sur toute proposition tendant à la modification du contrat et *notamment* les compromis ou transactions sur des droits litigieux ou ayant fait l'objet de décisions judiciaires, l'abandon total ou partiel des garanties, le report d'échéance du paiement des intérêts, la modification des modalités d'amortissement ou du taux des intérêts (art. L. 228-65, I, 2° et 5°). Depuis la loi de sauvegarde, ils doivent même être consultés sur un abandon total ou partiel de leurs créances obligataires ¹.

Avant la loi du 5 janvier 1988, les décisions les plus graves, qui étaient de la compétence de l'assemblée extraordinaire, ne devenaient définitives qu'après homologation par le tribunal de grande instance. La suppression des assemblées extraordinaires a entraîné celle de l'homologation judiciaire.

- 345 Décisions interdites** ◇ Si l'assemblée a des pouvoirs très importants, elle n'est cependant pas omnipotente. L'article L. 228-68 reconnaît en effet à l'obligataire des **droits individuels** auxquels il est interdit de porter atteinte. L'assemblée ne peut ainsi accroître les charges des obligataires (en leur imposant par exemple un versement supplémentaire). Elle ne peut pas non plus imposer la conversion des obligations en actions, si cette conversion n'avait pas été prévue au moment de l'émission (*infra*, n^{os} 347 s.). Toute clause contraire serait réputée non écrite.

SECTION 4. LES VALEURS MOBILIÈRES DONNANT ACCÈS AU CAPITAL OU DONNANT DROIT À L'ATTRIBUTION DE TITRES DE CRÉANCE

- 346 Origines** ◇ Depuis le début des années 1980 jusqu'à l'ordonnance du 24 juin 2004, on a assisté, grâce à l'imagination créatrice des financiers, à un développement très important des « valeurs composées » (ou « com-

1. C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Domat 2006, n° 842. Cf. art. L. 626-32 et R. 626-60 nouv. préc.

plexes ») : obligations convertibles en actions, obligations à bon de souscription d'actions (OBSA), obligations remboursables en actions (ORA), obligations convertibles et/ou échangeables en actions nouvelles ou existantes (OCEANE, v. sur l'utilisation de ces différents produits financiers, *infra* n° 348).

Le développement de ces valeurs composées a sérieusement perturbé l'opposition traditionnelle entre actionnaires et obligataires, entre associés et prêteurs.

Certaines de ces valeurs mobilières faisaient l'objet d'une réglementation juridique particulière (obligations convertibles, obligations échangeables, OBSA). Les autres relevaient d'un texte général réglementant les valeurs composées ¹.

Dans un souci de simplification, l'ordonnance du 24 juin 2004 a supprimé les régimes juridiques propres à ces différentes valeurs mobilières composées et a instauré un **régime juridique unique pour toutes les valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance** (art. L. 228-91 à L. 228-106) ².

Les droits des titulaires de titres complexes émis avant le 27 juin 2004, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, sont maintenus (art. 64 II ord.). Les émissions nouvelles, d'OBSA, d'obligations convertibles, d'OCEANE... ne peuvent désormais être réalisées qu'en faisant application des articles L. 228-91 s. Les certificats d'investissement ³ sont en voie d'extinction ⁴, l'ordonnance ayant facilité la conversion des titres anciens en actions ordinaires (*cf.* art. L. 228-29-9 et L. 228-30 s.).

§ 1. Émission des valeurs

347 Caractéristiques ◇ Les sociétés par actions peuvent émettre des actions et d'autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote ainsi que des titres de créances (art. L. 212-1 A et L. 213-1 A nouv. C. mon.).

Les titres de capital ne peuvent être convertis ou transformés en valeurs mobilières représentatives de créances. Toute clause contraire est réputée non écrite (al. 5) ⁵.

Désormais ces émissions sont encouragées au sein des **groupes** de sociétés puisqu'une filiale peut attribuer des titres de capital de sa société mère et, réciproquement, une société mère peut attribuer des titres de capital de sa filiale. En effet, aux termes de l'article L. 228-93, al. 1^{er}, une société par

1. V. sur ces réglementations, la 9^e édition de ce *Précis*, n° 346 s.

2. F. Drummond, *Un nouveau principe : la liberté d'émettre toutes valeurs mobilières*, *Rev. dr. banc.*, oct. 2004, p. 361.

3. Sur les certificats d'investissement, *cf.* 9^e édition de ce *Précis*, n° 357 s.

4. La société *Bouygues* a ainsi décidé de racheter ses certificats d'investissement, 470 000 étant encore en circulation sur les 18 millions qu'elle avait émis en 1986 (*Les Échos* 2 mars 2006).

5. Cette interdiction tend à éviter qu'avant un dépôt de bilan, les titulaires de titres de capital tentent d'obtenir la situation qu'ils espèrent plus favorable de créanciers.

actions peut émettre des valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres de capital de la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié de son capital (société mère) ou de la société dont elle possède directement ou indirectement plus de la moitié de son capital (société filiale). L'émission doit alors être autorisée, à peine de nullité, par l'AGE de la société appelée à émettre ces valeurs mobilières et par celle de la société au sein de laquelle les droits sont exercés (al. 2).

348 Diversité des titres émis ◇ L'ordonnance laisse une grande liberté aux financiers pour créer de nouveaux titres répondant aux aspirations des émetteurs et des investisseurs. Il ne fait cependant pas de doute que les titres qui avaient antérieurement remporté le plus de succès vont de nouveau être émis, mais en étant régis par la nouvelle réglementation :

- **Les obligations convertibles en actions (OC)** : les sociétés peuvent émettre ces obligations qui permettent à leurs titulaires de devenir à leur gré actionnaires, dans les conditions fixées par le contrat d'émission. À l'origine, la conversion ne pouvait être demandée qu'à une ou plusieurs époques déterminées. Ce produit est avantageux pour l'obligataire qui aura tout intérêt à devenir actionnaire si les affaires de la société prospèrent. L'émetteur quant à lui peut se financer à des taux inférieurs à ceux d'une dette classique, en offrant un taux d'intérêt réduit en contrepartie de l'avantage proposé¹. Il peut également espérer réduire sa charge de remboursement dans la mesure de la conversion qui sera demandée par les obligataires. Le recours à cette forme d'endettement peut ainsi être plus avantageux pour les entreprises que l'augmentation de capital.

- Grâce aux **OCEANE** (obligations à options de conversion ou d'échange en actions nouvelles ou existantes), l'émetteur peut rembourser l'investisseur avec de nouvelles actions comme pour les OC classiques. Il peut également le rembourser avec des actions existantes prélevées sur l'autocontrôle ou rachetées sur le marché (sur les OPRA, cf. *supra*, n^{os} 279 s.) et éviter ainsi une dilution de son capital.

- **Les obligations avec bons de souscription d'actions** : les OBSA sont imitées de la pratique anglo-saxonne des *obligations à warrants*. Elles doivent être distinguées des obligations convertibles car leurs titulaires ne sont pas obligés de choisir entre la qualité d'obligataire et la qualité d'actionnaire. En effet, les bons de souscription sont détachables de l'obligation et négociables indépendamment de celle-ci. Ils font d'ailleurs l'objet d'une cotation spéciale en bourse. L'épargnant dispose donc d'une très grande souplesse d'adaptation, ayant le choix entre quatre solutions : conserver les obligations et vendre ses bons de souscription ; vendre les obligations et conserver ses bons dans la perspective d'une hausse des cours des actions de la société ; conserver ses obligations et ses bons de souscription ; vendre le tout. De son côté, la société peut émettre des obligations à un taux inférieur à celui des obligations simples en raison de l'avantage offert aux souscripteurs d'OBSA. La pratique a également montré que ces obligations pouvaient représenter un excellent moyen de défense contre une prise de contrôle sauvage : lorsque les OBSA sont placées entre des mains

1. En 2002-2003, le taux était souvent de 1 % seulement. En cas de non conversion de l'obligation, le porteur perçoit un intérêt plus élevé, mais le taux actuariel brut reste inférieur à celui du marché (V. émission *Lyonnaise des Eaux*, *infra*). Cet écart est le prix payé par le souscripteur pour bénéficier de l'indexation sur le cours de l'action qu'offre le placement.

LYONNAISE DES EAUX

ÉMISSION D'OBLIGATIONS CONVERTIBLES

3 MILLIARDS DE FRANCS

JUSQU'AU 30 JANVIER 1996,

LES ACTIONNAIRES BÉNÉFICIENT

PARTICIPEZ
AU POTENTIEL
DE CROISSANCE
D'UN GROUPE
PRÉSENT
SUR DES MARCHÉS
EN FORT
DÉVELOPPEMENT

**DU DROIT DE SOUSCRIRE PRIORITAIREMENT
UNE OBLIGATION CONVERTIBLE
POUR 12 ACTIONS LYONNAISE DES EAUX.**

PRIX D'ÉMISSION : F 520

TAUX D'INTÉRÊT : 4 %

CONVERSION DES OBLIGATIONS EN ACTIONS : DÈS LE 6 FÉVRIER 1996,

A RAISON D'UNE ACTION POUR UNE OBLIGATION

REMBOURSEMENT : LE 1^{er} JANVIER 2006, AU PRIX DE F 630

TAUX DE RENDEMENT ACTUARIEL BRUT (EN CAS DE NON CONVERSION) : 5,65 % AU 6 FÉVRIER 1996

MODALITÉS DE L'OPÉRATION

MONTANT DE L'ÉMISSION : F 3.000.000.120, POUVANT ÊTRE PORTÉ À F 3.450.000.320. PRIX D'ÉMISSION : F 520 PAR OBLIGATION. DATE DE JOUISSANCE ET DE RÈGLEMENT : 06/02/1996. DURÉE DE L'EMPRUNT : 9 ANS ET 330 JOURS. INTÉRÊT ANNUEL : PAYABLE LE 1^{er} JANVIER DE CHAQUE ANNÉE, 4 %, SOIT F 20,80 PAR OBLIGATION (POUR LA PÉRIODE DU 06/02 AU 31/12/1996, IL SERA MIS EN PAIEMENT LE 01/01/1997, UN MONTANT DE F 18,75 PAR OBLIGATION, CALCULÉ PRORATA TEMPORIS). TAUX DE RENDEMENT ACTUARIEL BRUT (EN CAS DE NON CONVERSION) : 5,65 % AU 06/02/1996. REMBOURSEMENT : EN TOTALITÉ LE 1^{er} JANVIER 2006, AU PRIX DE F 630, SOIT 121,15 % DU PRIX D'ÉMISSION. AMORTISSEMENT ANTICIPÉ : POSSIBLE PAR RACHAT EN BOURSE ET PAR REMBOURSEMENT AU GRÉ DE L'ÉMETTEUR, DANS LES CONDITIONS PRÉVUES AU CONTRAT. CONVERSION DES OBLIGATIONS EN ACTIONS : A TOUT MOMENT À COMPTER DU 06/02/1996, A RAISON D'UNE ACTION POUR UNE OBLIGATION (AJUSTEMENTS PRÉVUS EN CAS D'OPÉRATIONS FINANCIÈRES). COURS DE BOURSE DE L'ACTION : F 457 LE 22/01/1996 (A LA CLÔTURE). PRIORITÉ DE SOUSCRIPTION RÉSERVÉE AUX ACTIONNAIRES : DU 24/01 AU 30/01/1996 INCLUS, A RAISON D'UNE OBLIGATION POUR 12 ACTIONS DÉTENUES.

LA NOTICE A ÉTÉ PUBLIÉE AU B.A.L.O. DU 24/01/1996. LE PROSPECTUS DE L'OPÉRATION, COMPOSÉ D'UN DOCUMENT DE RÉFÉRENCE (ENREGISTRÉ AUPRÈS DE LA COB LE 15/05/1995, SOUS LE NUMÉRO R95-040) ET D'UNE NOTE D'OPÉRATION VISÉE PAR LA COB (N° 96-023 EN DATE DU 23/01/1996) EST DISPONIBLE GRACIEUSEMENT SUR SIMPLE DEMANDE AUPRÈS DE VOTRE INTERMÉDIAIRE FINANCIER OU AU SIÈGE DE LA SOCIÉTÉ : LYONNAISE DES EAUX - 72, AVENUE DE LA LIBERTÉ - 92000 NANTERRE - TEL. (1) 46.95.52.60.



amies, l'agresseur doit prendre en compte ce capital potentiel s'il veut parvenir à ses fins (*infra*, n° 651) ¹.

– **Avec les obligations remboursables en actions (ORA)**, le remboursement s'effectue nécessairement en actions, selon la proportion fixée dans le contrat d'émission. La société émettrice peut ainsi obtenir une augmentation de ses fonds propres lors du remboursement des titres sans courir le risque de porter atteinte à sa trésorerie puisque le remboursement en espèces est exclu. Pour le souscripteur, l'opération est surtout spéculative car il espère une valorisation de l'action entre la date de l'émission et celle du remboursement, tout en ayant l'assurance d'un rendement minimal de ses capitaux investis jusqu'au remboursement.

– **Les obligations à bons de souscription d'obligations** : les OBSO sont assorties d'un bon permettant de souscrire pendant une période déterminée une obligation de même nature et de même durée. Le souscripteur peut vendre séparément l'obligation et le bon. L'opération est intéressante pour lui en cas de baisse des taux d'intérêt, puisqu'il peut souscrire une obligation dont le rendement est supérieur à celui pratiqué sur le marché primaire. Quant à la société, elle peut se permettre avec les OBSO d'offrir un intérêt moindre, en contrepartie de l'avantage consenti à l'obligataire.

– **Les bons de souscription autonomes** : les sociétés par actions peuvent émettre, indépendamment de toute autre émission, des bons qui confèrent à leurs titulaires le droit de souscrire des actions qui seront émises ultérieurement par la société. Ces « bons indépendants », « bons secs », ont surtout l'avantage de permettre aux sociétés de mobiliser rapidement des capitaux sur le marché ², sans les astreindre au formalisme rigoureux des augmentations de capital ³. Mais leurs prévisions peuvent être déjouées par une brutale chute des cours des actions, faisant perdre toute valeur aux bons et ôtant tout intérêt financier à l'exercice du droit ⁴.

349 Conditions de l'émission ◇ L'émission de ces valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance est autorisée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires ou déléguée par elle au conseil d'administration ou au directoire (art. L. 228 – 92). L'assemblée se prononce sur le rapport du conseil d'administration (ou du directoire) et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes (art. R. 225-113 s.).

Dès lors que les valeurs mobilières émises donnent accès au capital, les actionnaires de la société émettrice ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription de ces valeurs

1. BSN (devenue Danone) redoutant une OPA hostile a été la première société à utiliser les OBSA à cette fin, en 1986 (*infra*, n° 651). Cf. F. Martin-Laprade et alii, *Les OBSAR*, *Journal des sociétés*, mai 2008, p. 46.

2. F.X. Testu et S. Hill, *Les BSA : utilisation possible dans les sociétés de haute technologie*, JCP E 2003, p. 1655.

3. Sur les conditions de réalisation des augmentations de capital par voie d'attribution gratuite de BSA, cf. communiqué de presse AMF 4 déc. 2007, BRDA n° 24-2007, p. 5.

4. Le *juge fiscal* considère que ces bons constituent une valeur mobilière et sont soumis à ce titre au régime des plus-values mobilières (art. 150-O A CGI ; *supra* n° 315-1), TA Amiens 6 nov. 2008, *Barral*, *RJF* 6/09, n° 563. Sur les modalités de la protection des porteurs lorsque la société réalise certaines opérations financières, Paris 25 nov. 2008, BRDA n° 3-2009, p. 4.

mobilières (art. L. 228-91, al. 2). Ce droit est régi par les dispositions de droit commun applicables au « DPS » des actionnaires (art. L. 228-91, al. 3 ; L. 225-132 et L. 225-135 à L. 225-140). Les décisions qui seraient prises en violation de ces dispositions seraient nulles (art. L. 228-95). La décision d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital emporte renonciation automatique des actionnaires au droit de souscrire les titres de capital différé (art. L. 225-132, al. 6).

Le contrat d'émission peut prévoir que les valeurs mobilières et les titres de capital auxquels elles donnent droit ne peuvent être cédés et négociés qu'ensemble (art. L. 228-91, al. 4).

§ 2. Réalisation de l'augmentation de capital différée

350 Formalités simplifiées ◇ L'augmentation de capital qui résulte de l'exercice des droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital échappe à un certain nombre de formalités, comme la publicité préalable ou la constatation des souscriptions (*cf.* art. L. 225-149 al. 1). À tout moment de l'exercice en cours et au plus tard lors de la première réunion suivant la clôture de celui-ci, le conseil d'administration (ou le directoire) constate, s'il y a lieu, le nombre et le montant nominal des actions créées au profit des titulaires des droits au cours de l'exercice écoulé et apporte les modifications nécessaires aux clauses des statuts relatives au montant du capital social et au nombre de titres qui le composent (al. 3 nouv.) ¹.

Sur délégation du conseil d'administration ou du directoire de la société émettrice, le directeur général ou le président du directoire peut également procéder à ces mêmes opérations à tout moment de l'exercice et au plus tard dans le mois qui suit la clôture de l'exercice (art. L. 225-149, al. 4 ; art. R. 225-132).

L'augmentation de capital est définitivement réalisée du seul fait de l'exercice du droit attaché au titre primaire. Cependant, si ce droit est, par exemple, un droit de souscription, l'opération ne sera définitivement réalisée qu'après qu'aient été effectués les versements correspondants (art. L. 225-149, al. 2).

Dans un souci de simplification, lorsque le titulaire d'une valeur mobilière donnant accès au capital n'a pas droit à un nombre entier de titres, la fraction formant **rompu** fait l'objet d'un versement en espèces (art. L. 225-149, al. 1^{er} ; art. R. 228-94, al. 1^{er}).

En cas d'émission de nouveaux titres de capital ou de nouvelles valeurs mobilières donnant accès au capital ainsi qu'en cas de fusion ou de scission de la société appelée à émettre de tels titres, le conseil d'administration (ou le directoire) peut suspendre ²

1. Les droits attachés aux titres donnant accès au capital qui ont été utilisés ou qui ont été acquis par la société émettrice ou par la société appelée à émettre de nouveaux titres de capital doivent être annulés par la société émettrice (art. L. 225-149-2).

2. Sur l'information à donner aux actionnaires quant à cette suspension, *cf.* art. R. 225-133 s.

pour une durée maximale de trois mois la possibilité d'obtenir l'attribution de titres de capital par l'exercice du droit attaché à la valeur primaire (cf. art. L. 225-149-1 et R. 225-130) ¹.

§ 3. Protection des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital

L'ordonnance du 24 juin 2004 a introduit tout un dispositif de protection des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital, largement inspiré de celui dont bénéficiaient auparavant les titulaires d'obligations convertibles ou échangeables contre des actions ou les titulaires d'OBSA ². Elle a également regroupé en une masse les titulaires de ces valeurs.

- 351 Opérations interdites** ◇ À dater de l'émission des valeurs mobilières donnant accès au capital et aussi longtemps qu'il existe des droits attachés à chacun des éléments de ces valeurs, la société appelée à attribuer ces titres ne peut pas modifier sa forme ou son objet, à moins d'y être autorisée par le contrat d'émission ou par la masse des titulaires de titres (art. L. 228-98 al. 1 et L. 228-100). En outre, elle ne peut ni modifier les règles de répartition de ses bénéfices, ni amortir son capital, ni créer d'actions de préférence entraînant une telle modification ou un tel amortissement à moins d'y être autorisée dans les mêmes conditions et sous réserve de prendre les dispositions nécessaires au maintien des droits des titulaires des valeurs mobilières (al. 2).

Sous ces réserves, la société peut créer des actions de préférence (al. 3).

- 352 Effets attachés à certaines opérations** ◇ La société appelée à attribuer des titres de capital ou les valeurs mobilières y donnant accès doit prendre les mesures nécessaires à la **protection des intérêts des titulaires des droits** ainsi créés si elle décide de procéder à l'émission, sous quelque forme que ce soit, de nouveaux titres de capital avec droit préférentiel de souscription réservé à ses actionnaires, de distribuer des réserves, en espèces ou en nature, et des primes ou de modifier la répartition de ses bénéfices par la création d'actions de préférence (art. L. 228-99).

À cet effet, elle doit, dans les conditions fixées par les articles R. 228-87 s. :

1. Cette faculté a été étendue aux droits attachés aux options de souscription d'actions par la loi du 9 déc. 2004.

2. A. Pietrancosta, *La protection des titulaires de valeurs mobilières*, *Rev. dr. banc.* oct. 2004, p. 373. Si une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire est ouverte à l'égard d'une société émettrice de valeurs mobilières donnant accès au capital, le délai prévu pour l'exercice du droit à attribution d'une quote-part de capital social est ouvert dès le jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement, au gré de chaque titulaire, et dans les conditions prévues par ce plan (art. L. 228-106).

1°) soit mettre les titulaires de ces droits en mesure de les exercer, si la période prévue au contrat d'émission n'est pas encore ouverte, de telle sorte qu'ils puissent immédiatement participer aux opérations mentionnées ci-dessus ou en bénéficier ;

2°) soit prendre les dispositions qui leur permettront, s'ils viennent à exercer leurs droits ultérieurement, de souscrire à titre irréductible les nouvelles valeurs mobilières émises, ou en obtenir l'attribution à titre gratuit, ou encore recevoir des espèces ou des biens semblables à ceux qui ont été distribués, dans les mêmes quantités ou proportions ainsi qu'aux mêmes conditions, sauf en ce qui concerne la jouissance, que s'ils avaient été, lors de ces opérations, actionnaires ;

3°) soit procéder à un ajustement des conditions de souscription, des bases de conversion, des modalités d'échange ou d'attribution initialement prévues de façon à tenir compte de l'incidence des opérations mentionnées ci-dessus.

Sauf stipulations différentes du contrat d'émission, la société peut prendre simultanément les mesures prévues au 1° et 2°. Elle peut, dans tous les cas, les remplacer par l'ajustement prévu au 3°. Cet ajustement est organisé par le contrat d'émission lorsque les titres de capital ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé (art. L. 228-99, al. 2 s.).

En cas de **réduction de son capital** motivée par des pertes et réalisée par la diminution du montant nominal ou du nombre des titres composant le capital, les droits des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital sont réduits en conséquence, comme s'ils les avaient exercés avant la date à laquelle la réduction de capital est devenue définitive (art. L. 228-98, al. 4).

Si la société appelée à émettre les titres de capital est absorbée par une autre société à la suite d'une **fusion** ou fusionne avec une ou plusieurs autres sociétés pour former une société nouvelle, ou procède à une scission, les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital exercent leurs droits dans la ou les sociétés bénéficiaires des apports. L'assemblée des titulaires n'a pas à se prononcer sur le projet de fusion, sauf stipulations contraires du contrat d'émission (art. L. 228 – 101, al. 1^{er}).

Le nombre de titres de capital de la ou des sociétés absorbantes ou nouvelles auquel ils peuvent prétendre est déterminé en corrigeant le nombre de titres qu'il est prévu d'émettre ou d'attribuer au contrat d'émission en fonction du nombre d'actions à créer par la ou les sociétés bénéficiaires des apports. Le commissaire aux apports émet un avis sur le nombre de titres ainsi déterminé.

La ou les sociétés bénéficiaires des apports ou la ou les nouvelles sociétés sont substituées de plein droit à la société émettrice dans ses obligations envers les titulaires desdites valeurs mobilières (cf. art. L. 228-101, al. 2 à 4).

Sauf stipulations spéciales du contrat d'émission et hors le cas de dissolution anticipée ne résultant pas d'une fusion ou d'une scission, la société ne peut pas imposer aux titulaires de valeurs mobilières donnant accès à son capital le **rachat** ou le **remboursement** de leurs droits (art. L. 228-102).

353 Regroupement en une masse ◇ Traditionnellement, l'organisation en une masse permet la défense des intérêts communs de ses membres. Mais, aujourd'hui elle est surtout instituée afin de donner un interlocuteur à

l'émetteur, s'il souhaite modifier certaines dispositions du contrat d'émission. C'est dans cette perspective que l'ordonnance a organisé le regroupement des titulaires de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital. Ceux-ci, après détachement, s'il y a lieu, des droits du titre d'origine sont groupés de plein droit en une masse qui jouit de la personnalité civile et qui est soumise pratiquement aux mêmes règles que la masse des obligataires (*supra*, n° 339 s.). Il est formé une masse distincte pour chaque nature de titres donnant les mêmes droits (art. L. 228-103, al. 1) ¹.

Les assemblées générales des titulaires de ces valeurs mobilières sont appelées à autoriser toutes modifications au contrat d'émission et à statuer sur toute décision touchant aux conditions de souscription ou d'attribution de titres de capital déterminées au moment de l'émission (al. 2).

Chaque valeur mobilière donnant accès au capital donne droit à une voix. Les conditions de quorum et de majorité sont celles des assemblées générales extraordinaires de société anonyme (al. 3).

Les frais d'assemblée ainsi que, d'une façon générale, tous les frais afférents au fonctionnement des différentes masses sont à la charge de la société appelée à émettre ou attribuer de nouvelles valeurs mobilières représentatives de son capital social (al. 4).

354 *Droit de communication* ◇ Les titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital disposent auprès de la société émettrice des titres qu'ils ont vocation à recevoir, d'un droit de communication des documents sociaux transmis par la société aux actionnaires ou aux titulaires de certificats d'investissement ou mis à leur disposition (art. L. 228-105 et R. 225-92 s.). Ce droit de communication n'est pas individuel :

- Lorsque les droits à l'attribution d'une quote-part du capital social sont incorporés ou attachés à des obligations, le droit de communication est exercé par les représentants de la masse des obligataires (al. 2).

- Après détachement de ces droits du titre d'origine, le droit de communication est exercé par les représentants de la masse (al. 3).

Dans tous les cas, les représentants des différentes masses ont accès à l'assemblée générale des actionnaires, mais sans voix délibérative. Ils ne peuvent, en aucune façon, s'immiscer dans la gestion des affaires sociales (al. 4).

355 *Sanction de la protection* ◇ La sanction des manquements aux obligations de protection des porteurs de valeurs donnant accès au capital est la

1. Les valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances émises avant le 27 juin 2004 sont soumises au nouveau régime, sous réserve du maintien des droits des titulaires définis par le contrat d'émission lorsque celui-ci est antérieur à cette date (art. 64 II ord.). Il en résulte que les titulaires de bons de souscription d'actions (BSA) émis avant le 27 juin 2004 sont de plein droit organisés en une masse.

nullité des délibérations ou stipulations prises en violation des articles L. 228-98 à L. 228-101 et L. 228-103 (art. L. 228-104).

Sont ainsi visées, la décision de modifier l'objet ou la forme de la société, les règles de répartition des bénéfices ou d'amortissement du capital, de réduction du capital non motivée par des pertes. Sont également concernées la décision d'émettre de nouveaux titres de capital, de distribuer des réserves, des primes ou de modifier la répartition de ces bénéfices par la création d'actions de préférence non assorties de mesures spécifiques ; la décision de fusion ou de scission, les règles relatives à la masse.

SECTION 5. LES AUTRES VALEURS MOBILIÈRES

SOUS-SECTION 1. Les titres participatifs

356 Caractéristiques ◇ Ces valeurs mobilières ¹ ont été créées par la loi du 3 janvier 1983 afin de permettre aux entreprises du secteur public et aux sociétés anonymes coopératives de renforcer leurs fonds propres en faisant appel à l'épargne sans modifier toutefois la structure de leur capital et sans porter atteinte au contrôle de la société.

Les titres participatifs ressemblent aux obligations avec participation aux bénéfices (*supra*, n° 335) dans la mesure où ils sont rémunérés pour partie en fonction de l'activité ou des résultats de l'entreprise. Toutefois, ils ne sont pas amortissables et ils ne sont, en principe, remboursables que lors de la liquidation de la société et après désintéressement de tous les autres créanciers.

Le régime des titres participatifs ressemble à celui des obligations (art. L. 228-36 et L. 228-37 et R. 228-49 à 228-55). Il n'a pas été modifié par l'ordonnance du 24 juin 2004.

357 Émission des titres participatifs ◇ Seules les sociétés par actions appartenant au secteur public, les sociétés anonymes coopératives, les établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial, les banques mutualistes ou coopératives, les sociétés coopératives agricoles et leurs unions peuvent émettre des titres participatifs (art. L. 228-36 al. 1 ; art. 3, 4, L. 11 juill. 1985 ; art. L. 523-8 C. rural).

L'assemblée générale ordinaire des actionnaires a seule compétence pour décider ou autoriser l'émission des titres participatifs. Mais elle peut déléguer au conseil

1. B. Bouloc, *Les nouvelles valeurs mobilières : les certificats d'investissement et les titres participatifs*, *Rev. sociétés* 1983, 501 ; J. Lafourcade, *L'originalité des titres participatifs*, *Gaz. Pal.* 1985, II, doct. p. 408 ; G. Valin et H. Le Roy, *L'émission de titres participatifs en Europe par les sociétés d'assurances mutuelles*, *Gaz. Pal.*, 1991, I, doct. p. 110.

Sur le régime fiscal, Instr. 7 avr. 1983, BOI 5-I-3-83. Comme les revenus des obligations, ceux générés par des prêts participatifs peuvent bénéficier du prélèvement libératoire de 30,1 % (prélèvements sociaux compris), art. 118 et 119 CGI ; *supra* n° 327.

d'administration (ou au directoire, ou aux gérants), les pouvoirs nécessaires pour procéder à l'émission en une ou plusieurs fois dans un délai de cinq ans et en arrêter les modalités (art. L. 228-37, al. 1).

Aucun texte n'exige une valeur nominale minimale pour les titres participatifs. S'il est fait publiquement appel à l'épargne, des formalités de publicité doivent être effectuées (insertion au BALO, note d'information soumise au visa de l'AMF ; cf. art. L. 228-37, al. 1 ; L. 228-43 ; R. 228-51).

358 Droits des titulaires de titres participatifs ◇ Comme les obligataires, les titulaires de titres participatifs sont de plein droit groupés en une masse, dotée de la personnalité morale, pour la défense de leurs intérêts communs (art. L. 228-37, al. 2).

La masse est réunie au moins une fois par an pour entendre le rapport des dirigeants sociaux sur la situation et l'activité de la société au cours de l'exercice écoulé et le rapport des commissaires aux comptes sur les comptes de l'exercice et sur les éléments servant à la détermination de la rémunération des titres participatifs (id. al. 3). Cette assemblée annuelle doit avoir lieu le même jour que l'assemblée générale des actionnaires ou dans les quinze jours qui précèdent (art. R. 228-50).

Les représentants de la masse assistent aux assemblées d'actionnaires, sans voix délibérative. Ils sont consultés sur toutes les questions inscrites à l'ordre du jour, à l'exception de celles relatives à la désignation ou à la révocation des membres des organes sociaux. Ils peuvent intervenir à tout moment au cours de l'assemblée (art. L. 228-37, al. 4).

Les titres participatifs donnent droit à une rémunération qui doit comprendre une partie fixe et une partie variable. La partie fixe doit porter sur au moins 60 % du montant nominal du titre. Les éléments retenus pour le calcul de la partie variable doivent être tirés des comptes annuels approuvés ou, s'il y a lieu, des comptes consolidés (bénéfices, chiffre d'affaires, art. L. 228-36, al. 2 et R. 228-49) ¹.

Les porteurs de titres participatifs peuvent obtenir communication des documents sociaux dans les mêmes conditions que les actionnaires (art. L. 228-37, al. 5). Les titres participatifs sont négociables (art. L. 228-36, al. 3). Depuis la dématérialisation, ils peuvent être cédés par simple virement de compte à compte.

359 Remboursement, rachat des titres participatifs ◇ En principe, les titres participatifs ne sont remboursables, comme les actions, qu'en cas de liquidation de la société et seulement après désintéressement de tous les autres créanciers, privilégiés ou chirographaires, y compris ceux ayant consenti un prêt participatif (art. L. 228-36, al. 1 et 4).

Cependant, la société peut se réserver dans le contrat d'émission la faculté de rembourser ses titres participatifs, au cours de la vie sociale, à l'expiration d'un délai qui ne peut pas être inférieur à sept ans à compter de la date d'émission (al. 1). Cette clause de remboursement anticipé permet à la société d'éviter les conséquences financières trop lourdes qui résulteraient d'une augmentation très importante de la partie variable de la rémunération.

La société peut également racheter en bourse les titres participatifs qu'elle a émis, soit pour les attribuer à ses salariés au titre de la participation aux fruits de l'expansion.

1. Cf. J. Lafourcade, *L'appréciation des titres participatifs*, Gaz. Pal. 1987, II, doct. 549.

sion, soit en vue d'une régularisation des cours. Ces titres doivent être cédés dans le délai d'un an. À l'expiration de ce délai, ils doivent être annulés (art. R. 228-55).

SOUS-SECTION 2. Les parts de fondateur

360 Caractéristiques ◇ Les *parts de fondateur* ou *parts bénéficiaires* sont des titres négociables qui confèrent à leurs titulaires un droit sur les bénéfices et, éventuellement, sur le *boni* de liquidation en contrepartie de services rendus lors de la constitution de la société (ou à l'occasion d'une augmentation de capital).

Créées par la pratique en application du principe de la liberté contractuelle, les parts de fondateur n'ont été réglementées que par une loi du 23 janvier 1929, décidant notamment que tous les porteurs de parts ayant les mêmes droits devaient être réunis en une masse ¹.

Ces titres ont été à l'origine de nombreux conflits dans les sociétés. D'un côté, les actionnaires comprenaient mal que des porteurs de parts, qui n'ont pas fait d'apport, aient droit à des bénéfices. D'un autre côté, les porteurs de parts contestaient la décision des actionnaires de ne pas distribuer tous les bénéfices et de constituer des réserves qui leur échappaient.

En 1966, le législateur a estimé que les parts de fondateur, dont l'origine était quelquefois discutable, perturbaient par trop le fonctionnement des sociétés. Il a donc interdit l'émission de nouvelles parts à compter du 1^{er} avril 1967 (art. L. 228-4). Quant aux anciennes parts, elles sont restées soumises aux textes les concernant (art. L. 228-4) mais, en même temps, la loi n° 66-538 du 24 juillet 1966 a permis aux sociétés de procéder aux rachats des parts existantes ou à leur conversion en actions, à compter de la vingtième année de leur émission, sur la seule décision de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires (art. 8 ter L. 23 janv. 1929 modif.) ². Les sociétés ayant fait un large usage de cette possibilité, la plupart des parts de fondateur ont aujourd'hui disparu ³.

361 à 370 Réservés.

1. Cette solution a été reprise par la suite pour les obligataires par le décret-loi du 30 oct. 1935 (*supra*, n° 399 s.).

2. Sur l'abondant contentieux auquel le rachat ou la conversion des parts ont donné lieu, v. par ex. Com. 21 mai 1973, D. 1974, p. 89, Y. Guyon ; Com. 19 sept. 2006, *Rev. Sociétés* 2007, p. 540, D. Schmidt ; *RTD com.* 2007, p. 174, P. Le Cannu.

3. M. Germain et M.A. Frison-Roche, *Rev. dr. bancaire* 1992, p. 211. Fiscalement, le régime des cessions de parts de fondateur est le même que celui des actions au regard des droits d'enregistrement exigibles, art. 726 CGI ; *supra* n° 4. De même, leurs produits sont traités comme des dividendes d'actions, *supra* n° 301.

CHAPITRE 3

LES ORGANES DE GESTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

371 Dualité ◇ La loi du 24 juillet 1966, c'était l'une de ses principales innovations, a offert le choix entre la gestion de type classique avec conseil d'administration et président (art. L. 225-17 à L. 225-56 et R. 225-15 à R. 225-34), et une formule nouvelle inspirée du droit allemand, la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance (art. L. 225-57 à L. 225-93 et R. 225-35 à R. 225-60).

Le choix entre ces deux types de gestion est laissé à la libre appréciation de chaque société qui se crée ou qui existe déjà ¹. L'option prise n'est pas irréversible : le changement s'opère par une modification des statuts décidée en assemblée générale extraordinaire ; il n'entraîne pas une transformation de la société (art. L. 225-57).

Sur les 119 sociétés composant l'indice SBF 120, 83 sont de type classique, seules 31, soit 26 %, ont adopté la forme duale ; 5 sont des commandites par actions ².

Nous envisagerons successivement la société anonyme avec conseil d'administration, qui demeure de loin la plus répandue ³ (section 1), puis la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance (section 2).

SECTION 1. LA SOCIÉTÉ ANONYME AVEC CONSEIL D'ADMINISTRATION

372 Évolution ◇ Le Code de commerce (art. 31) comme la loi du 24 juillet 1867 (art. 22) prévoyaient que les sociétés anonymes étaient administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés

1. Sous réserve d'un éventuel abus de majorité, T. com. Paris, 9 mars 1989, *Les Petites Affiches*, 20 mars 1989, P. Jalade (aff. LVMH).

2. Rapport AFEF, *Principes de gouvernement d'entreprise énoncés par le rapport AFEF-MEDEF d'octobre 2003 sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, exercice 2006*, sept. 2007, p. 4.

3. En 2006, sur les 78 292 S. A. recensées au répertoire SIRENE, on dénombrait 73 004 sociétés à conseil d'administration et seulement 5 288 sociétés à directoire et conseil de surveillance, soit 6,75 %. 344 sociétés en commandite par actions étaient également dénombrées (source : Creda). Sur les raisons de ce succès des sociétés monistes, C. Perchet, *Pertinence et pérennité de la SA avec conseil d'administration*, Bull. Joly 2009, p. 440, n° 86.

ou non ¹, pris parmi les associés, et ne faisaient aucune allusion au conseil d'administration ².

C'est la *pratique* qui, dans les sociétés importantes, substitua peu à peu aux administrateurs pris individuellement un organe collégial d'administration. La loi du 16 novembre 1940 a rendu cette gestion collective obligatoire, et la loi de 1966 a repris la solution : « la société anonyme est administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins et de douze membres au plus » (art. 89 al. 1 anc.).

Le terme « administré » utilisé par le législateur ne correspondait cependant pas à la pratique de la société anonyme. En réalité, les administrateurs qui composent le conseil d'administration, organe non permanent, ont essentiellement un rôle de contrôle et de conseil de la direction ³. C'est en effet le président du conseil d'administration qui assume sous sa responsabilité la direction générale de la société, sous le nom de Président-directeur général (anc. art. L. 113, al. 1) avec, dans les entreprises importantes, l'assistance de directeurs généraux ⁴.

Deux critiques essentielles ont été portées contre l'organisation de la société anonyme traditionnelle. Elles ont été parfaitement formulées, il y a près de trente cinq ans déjà, dans le *rapport Sudreau* ⁵ : d'une part, le système établit une confusion entre le pouvoir de direction et son contrôle : le « Président-directeur général » est à la fois l'exécutif de l'entreprise et le président de l'organe chargé de contrôler celui-ci. Sur sa personne se concentre l'ensemble des pouvoirs. C'est cette concentration qui est critiquée. D'autre part, nombre de conseils d'administration n'exercent qu'un rôle effacé, bien que la loi leur donne mission d'« administrer » la société. Ce décalage entre les textes et la pratique est la conséquence de la prééminence du président et s'explique aussi par le fait que la gestion d'une société s'accommode mal de la collégialité.

Ces critiques ont pris de l'ampleur avec les réflexions sur le *gouvernement d'entreprise* (*supra*, n° 248) et ont été prises en compte par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. La loi NRE tend en effet à un meilleur équilibre des pouvoirs au sein de la société anonyme classique, en redéfinissant les pouvoirs du conseil d'administration et en permettant, soit de dissocier les fonctions de président du conseil d'administration (président non exécutif) et de directeur général de la société, soit

1. S. Asencio, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, *Rev. sociétés* 2000, p. 683.

2. Cf. P.G. Gourlay, *Le conseil d'administration de la société anonyme (organisation et fonctionnement)*, préf. R. Houin, S. 1971, spéc. n°s 2 et s.

3. Cf. A. Tunc, *Supprimer ou renforcer le conseil d'administration des sociétés anonymes ?* *Rev. dr. aff. intern.* 5/1991, p. 669 ; G. Charreaux et J.-P. Pitol-Belin, *Le conseil d'administration, lieu de confrontation entre dirigeants et actionnaires*, *Rev. française gestion* 1992, n° 87, p. 84.

4. Seules sont présentées ici l'administration et la direction des sociétés anonymes appartenant au secteur privé. Pour les sociétés relevant du secteur public (L. du 26 juill. 1983) v. *infra*, n° 540.

5. *La réforme de l'entreprise*, éd. 10/18, 1975, chapitre III, I, p. 107 et s.

de maintenir le système antérieur du cumul des deux fonctions sur une même personne, le Président-directeur général ¹.

La dissociation est un mécanisme bien connu aux USA et surtout au Royaume-Uni. On l'a même pratiquée en France avant 1940-1943, mais on l'avait abandonné parce qu'il éparpillait trop les responsabilités (*infra*, n° 417)...

Sur les 83 sociétés anonymes de type classique composant l'indice SBF 120, seules 23 ont dissocié les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général ².

Il convient donc d'étudier successivement le conseil d'administration (sous-section 1) et la direction générale de la société (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. Le conseil d'administration

§ 1. La composition du conseil d'administration

A. Recrutement des administrateurs

373 Nombre ◇ Le conseil d'administration, étant un **organe collégial**, doit être composé de **trois** administrateurs au moins. Depuis la loi NRE, le nombre maximum des membres du conseil ne peut pas dépasser **dix-huit** (au lieu de vingt-quatre auparavant, art. L. 225-17, al. 1^{er}) ³. Dans cette double limite, les statuts peuvent librement fixer le nombre des membres du conseil. Généralement ils prévoient un minimum et un maximum (de 3 à 12 ; de 5 à 18...), ce qui donne plus de liberté à l'assemblée générale ordinaire.

Dans les sociétés du CAC 40, le nombre moyen d'administrateurs est de 13,9 ⁴.

Ce n'est que *dans le cas de fusion* de sociétés anonymes que le nombre de membres du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) pourra dépasser le nombre de dix-huit, pendant un délai de trois ans à compter de la date de la fusion, sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre (au lieu de trente auparavant, art. L. 225-95).

En cas de décès, de démission ou de révocation du président et si le conseil n'a pu le remplacer par un de ses membres, il peut nommer, sous réserve des

1. S. Castagné, *Les nouveaux modes de direction des sociétés anonymes après la loi NRE*, Dr. sociétés janv. 2003, p. 5.

2. Rapport AFEP préc. sept. 2007, p. 4.

3. Lorsqu'il existe des administrateurs élus par le personnel salarié (*infra*, n° 382), leur nombre est librement fixé dans les statuts sans pouvoir être supérieur à quatre, ou cinq si les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, ni excéder le tiers du nombre des autres administrateurs (art. L. 225-27). Bien entendu, ce nombre s'ajoute à celui des administrateurs élus par l'assemblée des actionnaires.

4. Rapport AFEP, préc. p. 5.

dispositions de l'art. L. 225-24, un administrateur supplémentaire qui est appelé aux fonctions de président (art. L. 225-17, al. 2).

374 Conditions de nomination ¹ ◇ Les conditions requises pour devenir administrateur sont nombreuses, mais aucune capacité professionnelle particulière n'est exigée, quelle que soit la taille de la société ².

375 Qualité d'actionnaire ◇ Jusqu'à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, pour être administrateur de la société, il fallait en être actionnaire ³. Ce principe, solidement établi dans notre droit des sociétés anonymes, a pourtant été abandonné : la loi nouvelle ne l'exige plus : ce sont simplement les statuts qui peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent (art. L. 225-25, al. 1^{er}) ⁴.

Le texte nouveau est très général ne faisant curieusement aucune distinction selon que la société est cotée ou non en bourse. On peut cependant espérer que les statuts des sociétés cotées exigeront que leurs administrateurs (non salariés) soient propriétaires d'un nombre significatif d'actions.

En faveur de la solution nouvelle, on a fait valoir qu'elle avait l'avantage de permettre à des personnes compétentes d'entrer au conseil sans être propriétaires d'actions et qu'elle simplifiait également les conditions de nomination des administrateurs dans les filiales de groupes.

1. Le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution les dispositions de la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes (23 mars 2006) qui voulaient imposer le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes au sein des conseils d'administration (Cons. const. 16 mars 2006, BRDA n° 6-2006, p. 2). Cf. C. Malecki, *Gouvernance d'entreprise, féminité, inégalité*, D. 2006, p. 1034.

2. On ne peut manquer de remarquer que la loi du 23 déc. 1982 relative à la formation professionnelle des artisans a prévu (art. 2) que le futur chef d'entreprise, avant son immatriculation au répertoire des métiers, devait suivre un stage d'initiation à la gestion, organisé par les Chambres de métiers (comptabilité générale et analytique ; information sur l'environnement économique, juridique et social de l'entreprise artisanale ; problèmes de financement ; techniques de prévision et de contrôle de l'exploitation ; possibilités de fonction continue). *Adde* D. 24 juin 1983. Cf. égal. pour la formation économique dispensée aux administrateurs représentant les salariés actionnaires ou élus par les salariés, art. L. 3341-1 à 3 C. trav. V. cependant *infra*, n° 381.

3. À défaut, les délibérations du conseil d'administration devraient être annulées, Paris, 31 oct. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 64, n° 14 ; *Dr. sociétés* 1992, n° 62, H. Le Nabasque.

4. En pratique, ce nombre est souvent réduit à quelques actions, ce qui est mal compris des petits porteurs. Lors de l'AGO de *Péchiney* en 1996, certains administrateurs ne détenant que 10 actions ont été interpellés par les actionnaires minoritaires qui ont fait observer que les jetons de présence étaient de 2 millions de francs pour dix-sept administrateurs, ce qui pouvait permettre un certain réinvestissement en actions de la société... (*Les Échos*, 27 juin 1996). L'obligation de détention d'actions ne s'applique pas aux actionnaires salariés nommés administrateurs en application de l'article L. 225-23 (cf. al. 3).

Chaque administrateur devant être « propriétaire » des actions ¹, il ne saurait en être seulement usufruitier, nu-propriétaire, ou copropriétaire indivis. Toutefois, si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de six mois (al. 2 nouv.) ².

Dans les sociétés très fermées (sociétés de famille, filiales) il arrive que les dirigeants souhaitent faire nommer comme administrateur une personne qui n'est pas actionnaire ; mais leur volonté est également que cette personne ne reste pas dans la société, comme actionnaire, lorsqu'elle ne sera plus administrateur. Cet objectif peut être atteint, lorsque les statuts exigent que les administrateurs détiennent un nombre minimum de titres, par la mise à disposition d'actions ³, grâce à un **prêt de consommation** ⁴ qui a pour effet de transférer à l'emprunteur la propriété de la chose prêtée (art. 1893 C. civ.), ou à une vente à réméré (art. 1659 s. C. civ.) ⁵.

Ce sont les commissaires aux comptes qui doivent veiller, sous leur responsabilité, à l'observation des dispositions relatives aux actions des administrateurs et dénoncer dans leur rapport à l'assemblée générale annuelle toute violation qu'ils auraient pu constater (art. L. 225-26).

Ces **actions dites de garantie**, car jusqu'à la loi du 5 janvier 1988 elles étaient affectées à la garantie des actes de gestion des administrateurs, ont fait l'objet d'une double critique :

- d'une part, dans les SA importantes, les administrateurs sont souvent des « managers » extérieurs à la société, ou des salariés d'autres sociétés du groupe choisis en raison de leur compétence. Exiger d'eux qu'ils soient propriétaires de quelques actions de la société paraît totalement artificiel ;
- d'autre part, la garantie offerte par ces actions était presque toujours illusoire : lorsque la responsabilité des administrateurs était mise en jeu, c'est que générale-

1. Lorsque c'est une personne morale qui est administrateur, c'est elle qui doit être propriétaire des actions et non son représentant permanent, cf. R.M. JO déb. AN 3 avr. 1971, p. 880.

2. Com. 13 janv. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 516, n° 167, B. Petit ; *JCP E* 1998, p. 1306, A. Viandier et J.-J. Caussain. Sur la régularité ou non d'assemblées générales convoquées par un conseil d'administration dont les administrateurs n'avaient pas procédé immédiatement au regroupement de leurs actions de garantie, comp. dans la même affaire, Com. 29 nov. 1976, D. 1977, IR 446, J. Cl. Bousquet ; *RTD com.* 1977, p. 526, n° 15, R. Houin ; *Bull. civ.* IV, n° 302, p. 252 ; Com. 23 oct. 1979, D. 1982, IR 14, J. Cl. Bousquet ; *Bull. civ.* IV, n° 265, p. 211.

3. H. Huguet, *Dr. sociétés* mars 1999, p. 4.

4. V. en faveur de cette solution, qui ne tombe pas sous le coup de la prohibition de l'article L. 225-43, R.M. JO déb. Sénat 26 oct. 2000, p. 3710 ; *JCP E* 2001, p. 896, A. Viandier, J.-J. Caussain ; Ph. Reigné *Bull. Joly* 2000, p. 1187, n° 292 ; Paris 2 juill. 2002 (Azzaro), *Bull. Joly* 2002, p. 1204, n° 257, P. Le Cannu (violation d'une clause de préemption). *Contra*, J.-P. Chazal et Y. Reinhard, *RTD com.* 2001, p. 147. Adde G. Baffoy, *Le prêt de consommation de titres de sociétés*, *Rev. dr. bancaire* n° 67-1998, p. 77 ; A. Couret, *Le prêt de titres consenti par une société à un futur administrateur d'une filiale*, *Bull. Joly* 2000, p. 477, n° 100 ; *Dr. sociétés, Actes pratiques* 1999, n° 48, p. 7. Sur la restitution des titres en fin de mandat, Paris 10 juin 2005, *JCP E* 2005, 1834, n° 6, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

5. Cf. S. Lachat, *La mise à disposition d'actions de garantie*, *Rev. sociétés* 1977, p. 423. Adde Com. 31 oct. 1956, *JCP* 1957, II, 9889 ; *Rev. sociétés* 1957, 32 ; Com. 16 févr. 1970, D. 1970, p. 484 ; T. com. Seine, 23 janv. 1959, D. 1960, p. 323, A. Dalsace.

ment la société faisait l'objet d'une procédure collective, et les actions avaient perdu beaucoup de leur valeur.

La loi du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises a supprimé les actions de garantie.

Dans le cadre du débat sur la gouvernance d'entreprise (*supra*, n° 248) ¹, il a été suggéré de nommer des « **administrateurs indépendants** » ², comme aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Ces nominations permettraient de faire contrepoids à la surreprésentation de dirigeants exerçant des fonctions exécutives dans l'entreprise, ainsi qu'à l'omnipotence de certains présidents.

Le *rapport Bouton*, à la suite des *rapports Viénot*, a estimé souhaitable que chaque conseil d'administration d'une société cotée au capital dispersé et sans actionnaire de contrôle comporte au moins une moitié d'administrateurs indépendants. Cet administrateur peut se définir comme la personne qui n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement ³.

Un **comité de sélection** peut proposer au conseil des noms d'administrateurs indépendants, soit dans le cadre d'une cooptation, soit en vue d'une proposition de leur désignation par l'assemblée des actionnaires (*infra*, n° 383) ⁴.

376 *Personne physique ou personne morale* ◇ L'administrateur peut être une personne physique, mais également une personne morale. Le risque est alors que la personne morale ne soit pas représentée par la même personne

1. Rapp. également la critique faite au nom du gouvernement d'entreprise, mais non retenue par la cour, de la concentration des organes de direction entre les membres d'une même famille, Paris 3 mai 2002 (aff. *Taittinger*), *RTD com.* 2002, p. 482, Cl. Champaud et D. Danet ; *Rev. sociétés* 2002, p. 574, Y. Guyon.

2. A. Viandier, *L'administrateur indépendant des sociétés cotées*, *RJDA* 2008, p. 599.

3. Solution reprise par l'AFEP et le MEDEF dans leur *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, déc. 2008, § 8 ; cf. égal. Rapport de l'IFA (Institut français des administrateurs), *La gouvernance des sociétés cotées*, mai 2007. V. aussi communiqué des Communautés européennes 6 oct. 2004, *JCP E* 2004, 217. Rapp. B. Feugère, *L'indispensable indépendance de l'administrateur d'une société anonyme*, *JCP E* 1999, p. 946 ; comp. J. Delga, *L'administrateur indépendant n'existe pas : Dangers ; une référence inappropriée au système anglo-saxon*, *D.* 2002, p. 2858 et id. *L'administrateur indépendant en France : un mythe ou un exemple des dangers de l'uniformité en matière de « corporate governance »* ? *JCP E* 2004, 150. Selon l'AFEP (rapport préc., p. 7) cette proportion de moitié est respectée dans 85 % des sociétés du CAC 40.

4. Sur les administrateurs indépendants, cf. rapport Marini, p. 43 et la *Revue française de gouvernance d'entreprise*, éditée par l'IFA, n° 1, 2007. Le comité de sélection doit tenir compte de l'équilibre souhaitable au sein du conseil, en prenant en considération la composition de l'actionnariat, la représentation éventuelle d'intérêts catégoriels, l'opportunité des renouvellements de mandats. Il doit être également en mesure de proposer au conseil des solutions de succession en cas de vacance imprévisible (rapport Viénot, p. 17). 92 % des sociétés du CAC 40 sont dotées d'un comité de sélection ou des nominations, *Rapport AFEP, Principes du gouvernement d'entreprise énoncés par le rapport AFEP-MEDEF d'octobre 2003 sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, sept. 2007, p. 19.

physique aux différentes réunions du conseil d'administration, ce qui ne manquerait pas d'entraîner une dilution des responsabilités.

Pour pallier cet inconvénient, la loi de 1966 a prévu que lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, elle est tenue de désigner un **représentant permanent** ¹ qui est soumis aux mêmes conditions et obligations et qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente ² ; et lorsque la personne morale révoque son représentant, elle est tenue de pourvoir en même temps à son remplacement (art. L. 225-20). Le représentant permanent est donc à la fois organe de la société administrée et mandataire de la société administrateur ³. Sa situation risque d'être particulièrement délicate s'il n'est pas d'accord avec les instructions données par la société qu'il représente, alors que sa responsabilité personnelle peut être recherchée.

Le décret précise que le mandat du représentant permanent lui est donné pour la durée de celui de la personne morale (art. R. 225-16, al. 1). La désignation du représentant et la cessation de son mandat sont soumises aux mêmes formalités de publicité que s'il était administrateur en son nom propre (art. R. 225-17) ⁴.

377 Limite d'âge ◇ Pour éviter une trop grande gérontocratie des conseils d'administration, une loi du 31 décembre 1970 ⁵ a prévu que le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de soixante-dix ans ne pourra être supérieur au tiers des administrateurs en fonction. Toute nomination intervenue en violation de cette disposition est nulle ; et lorsque la limitation fixée pour l'âge des administrateurs est dépassée, l'administrateur le plus âgé est réputé démissionnaire d'office (art. L. 225-19).

La réforme était bonne dans son principe, mais elle n'a que peu d'efficacité pratique, puisque les règles exposées ci-dessus ne s'appliquent qu'à défaut de dispositions statutaires. Il suffit donc pour éviter le couperet légal de prévoir dans le pacte social que la limite d'âge s'appliquant à l'ensemble des administrateurs est fixée à

1. B. Oppetit, *Le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'une société anonyme*, JCP 1969, I, 2227 ; APS, *La représentation des personnes morales dans les fonctions d'administrateur de société*, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 22. Bibliographie thématique, in *Rev. sociétés* 1996, p. 880. Le représentant légal de la société administrateur n'est pas le représentant permanent de cette dernière si cette fonction ne lui a pas été expressément confiée, Com. 3 oct. 2000, *Dr. sociétés* 2001, n° 79, J.-P. Legros. Sur l'impossibilité pour le représentant permanent d'une personne morale administrateur d'être également administrateur de la même société en son nom propre, Nancy, 17 sept. 1998, JCP E 1999, p. 1828, A. Couret ; *Bull. Joly* 1999, p. 1113, n° 260, P. Le Cannu.

2. Cf. Com. 2 déc. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 1131, n° 336 ; JCP E 1987, 16159, n° 23, M. Ca-brillac et M. Vivant, rejetant le pourvoi contre Paris, 24 janv. 1985, *Rev. sociétés* 1985, 665, P. Le Cannu. Sur la nécessité d'une mise en cause conjointe de la personne morale et de son représentant permanent, Paris, 15 févr. 1990 (aff. *Groupe B. Tapie*) *Bull. Joly* 1990, p. 523, n° 136.

3. Cf. art. B. Oppetit précité.

4. R.M. JO déb. AN 16 juill. 1990, p. 3390 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 702.

5. J. Burgard, *L'âge des dirigeants*, *Rev. sociétés* 1971, p. 137.

quatre-vingt-dix ans... Cependant, depuis la loi NRE, le président du conseil d'administration doit veiller au bon fonctionnement des organes de la société et s'assurer, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission (art. L. 225-51) !

378 Limitation du nombre de mandats ◇ Dès 1966, le législateur avait limité à huit le nombre de postes d'administrateurs qu'une même personne pouvait occuper, afin que les administrateurs se consacrent effectivement à leurs tâches. Mais au fil des ans, les cumuls se sont développés et la critique s'est élevée contre la détention par un cercle trop restreint de personnes des postes d'administrateur dans les sociétés cotées ¹. Afin d'éviter ces abus, la loi NRE est venue restreindre le cumul des mandats de dirigeants de SA, en établissant un système tellement complexe qu'il a donné lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation ². Deux lois, l'une du 29 octobre 2002 (dite « loi Houillon ») ³, l'autre, de sécurité financière du 1^{er} août 2003, ont tenté de clarifier et d'assouplir le dispositif. Le cadre de ce *Précis* ne permet que d'en exposer les **principes** ⁴ :

1) Une personne physique ne peut pas exercer simultanément plus de cinq mandats **d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance** de SA ayant leur siège sur le territoire français (art. L. 225-21, al. 1 et L. 225-77, al. 1). À la différence de la situation antérieure, le fait d'être représentant permanent d'une personne morale administrateur (ou membre du conseil de surveillance) est désormais pris en compte pour le nombre de mandats exercés par cette personne physique ⁵. Par dérogation, au sein des groupes, un nombre illimité de mandats peut être exercé dans des sociétés contrôlées ⁶, cotées ou non (art. L. 225-21, al. 2 et L. 225-77, al. 2). En outre, en cas de détention de cinq mandats au plus dans des sociétés

1. E. Guigou, *JO déb.* AN 26 avr. 2000, p. 3250. En 1995, dans 200 sociétés importantes, 32 personnes détenaient au moins 6 mandats chacune. Ensemble, elles détenaient 257 mandats pour environ 2 000 sièges. Les banques cumulaient 86 mandats (*La Tribune*, 17 oct. 1995). Le rapport Viénot l'a recommandé aux administrateurs de ne pas accepter plus de cinq mandats. Mais les renonciations ont été douloureuses... (Cf. *Les administrateurs cumulent toujours*, *Nouvel Économiste*, 17 oct. 1997 ; *Les 30 parrains du CAC 40*, *Les Échos*, 12-13 mai 2000). V. déjà, Ph. Manière, *Conseils d'administration, Les copains d'abord*, in *Le Nouvel Économiste*, n° 700, 23 juin 1989.

2. Les réponses ministérielles aux questions posées par les parlementaires ont été nombreuses mais souvent peu convaincantes. Cf. par ex. les commentaires de J. P. Chazal et Y. Reinhard, *RTD com.* 2002, p. 327 et 2003, p. 120.

3. Sur cette loi, v. les commentaires de J. Ph. Dom, *Bull. Joly* 2002, p. 1095, n° 243 et p. 1286, n° 270 ; B. Saintourens, *Rev. sociétés* 2003, p. 1 ; J. P. Chazal, *RTD com.* 2003, p. 118.

4. Pour un exposé détaillé, cf. Francis Lefebvre, *Dirigeants de sociétés commerciales*, n° 1370 s. Cf. égal. bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2003, p. 392.

5. Sauf s'il s'agit d'un mandat de représentant permanent d'une société de capital-risque, d'une société financière d'innovation ou d'une société de gestion d'un fonds commun de placement (art. L. 225-95 al. 1).

6. Au sens de l'article L. 233-16.

sœurs ¹ non cotées, ces mandats ne comptent que pour un (art. L. 225-21, al. 3 et L. 225-77, al. 3) ².

2) Une personne physique ne peut pas exercer simultanément plus d'un mandat de **directeur général** ou de **membre de directoire** ou de **directeur général unique** (art. L. 225-54-1, al. 1 et L. 225-67, al. 1). Par dérogation, un mandat supplémentaire peut être exercé dans une société contrôlée, cotée ou non (art. L. 225-54-1, al. 3 et L. 225-67, al. 3), et un autre mandat dans une autre société dès lors qu'aucune des deux sociétés n'est cotée (art. L. 225-54-1, al. 4 et L. 225-67, al. 4).

3) Aucun texte n'interdit de cumuler jusqu'à cinq mandats de **président du conseil d'administration** (cf. anc. art. L. 225-49).

4) Pour les mandats de **directeur général délégué**, aucune limitation n'est instaurée.

5) Un **plafond global** est également prévu : tous mandats confondus, une même personne physique ne peut pas cumuler plus de cinq mandats (art. L. 225-94-1, al. 1), étant précisé que l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat (art. L. 225-94-1, al. 1 *in fine*).

Une même personne peut donc, par exemple, exercer trois mandats de président et deux d'administrateur.

Par dérogation, ne sont pas pris en compte les mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance détenus dans des sociétés contrôlées, cotées ou non, par une personne exerçant dans la société mère l'un quelconque des mandats cités à l'alinéa 1 (art. L. 225-94-1, al. 2).

Afin de faciliter le contrôle du respect de cette réglementation, le rapport annuel de gestion doit comprendre la *liste de l'ensemble des mandats et fonctions* exercés dans toute société par chacun des mandataires durant l'exercice (art. L. 225-102-1, al. 3).

Si une personne physique se trouve en **infraction** avec ces dispositions sur le cumul, elle doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination. À l'issue de ce délai, elle est démise d'office du mandat excédentaire, avec l'obligation de restituer les rémunérations qu'elle a perçues, sans toutefois que soit remise en cause la validité des opérations auxquelles elle a pris part (art. L. 225-21, al. 3, L. 225-54-1, al. 3, L. 225-67, al. 3, L. 225-77, al. 3, L. 225-94-1, al. 3).

379 Incompatibilités ◇ L'exercice de certaines activités est incompatible avec l'exercice des fonctions d'administrateur, bien que celui-ci ne soit pas, à ce titre, commerçant. C'est ainsi qu'il est interdit à tout *fonctionnaire* d'exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce

1. Sociétés contrôlées par une même société au sens de l'article L. 233-16.

2. V. Rép. min. n° 15662, JO AN, 4 août 2003, p. 6209, D. 2003 p. 1995. Le président étant nécessairement administrateur est considéré comme ne détenant qu'un seul mandat.

soit (art. 25 L. 83-634 du 13 juill. 1983) ¹. L'interdiction continue de jouer envers l'ancien fonctionnaire qui ne peut pas, avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de ses fonctions, exercer des fonctions de direction ou d'administration dans des entreprises dont il assumait la surveillance ou le contrôle (art. 432-13 C. pén.). Sont également sous le coup d'une incompatibilité les *parlementaires* ² et les *membres du Gouvernement* dans les cas prévus par les ordonnances du 24 octobre 1958 (modifiées par LO 24 janvier 1972 ; cf. art. LO 145, 146, 297 C. électoral) et du 17 novembre 1958 ; certains officiers ministériels ou *auxiliaires de justice* (huissier, administrateur judiciaire, mandataire judiciaire...). En revanche, un *avocat* peut être administrateur dès lors qu'il justifie de sept ans d'exercice et sous réserve d'un contrôle du Conseil de l'Ordre (art. 6 al. 2 L. 31 décembre 1971 ; art. 57 à 60 D. 9 juin 1972) ³. Depuis le décret du 29 avril 1986 (art. 2), un *notaire* peut être désigné comme administrateur d'une société anonyme, mais lorsqu'il exerce cette fonction, il ne peut recevoir les actes de la société.

380 Interdictions et déchéances ⁴ ◇ Dans le souci de moraliser la vie des sociétés, l'accès des conseils d'administration est interdit aux personnes qui sont sous le coup de certaines condamnations pénales. Deux textes, qui, quelquefois, se chevauchaient, le décret-loi du 8 août 1935 (art. 6) et la loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles ont fait l'objet d'une coordination par l'ordonnance du 6 mai 2005, puis la loi de modernisation de l'économie a instauré des interdictions commerciales et industrielles qui constituent tantôt des peines complémentaires, tantôt des peines alternatives (art. 131-6 et 131-27 C. pén.) ⁵.

L'interdiction s'applique à l'exercice des fonctions de direction, de gérance, d'administration ou de surveillance d'une société commerciale.

1. CE 15 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 503, n° 127, P. Scholer ; A. Jacquemont, *Un administrateur exerce-t-il une profession ?* JCP E 2001, p. 792. V. cependant en faveur de la création d'entreprises ayant pour objet d'assurer, en exécution d'un contrat conclu avec une entreprise publique, la valorisation des travaux de recherche qu'ils ont réalisés dans l'exercice de leurs fonctions (art. L. 413-1 s. C. recherche). D'autres dérogations existent, par ex. en faveur des fonctionnaires qui créent ou reprennent une entreprise, cf. loi 2007-148 du 2 févr. 2007.

2. V. Cons. const. 18 oct. 1977 (*Marcel Dassault*), *Rev. sociétés* 1978, p. 107, J.G. ; Cons. const. 6 mars 1990 (*B. Tapie*) *Gaz. Pal.* 22 mars 1990, flash ; Cons. const. 23 déc. 2004 (*Serge Dassault*), *JCP E* 2005, 1046, n° 5, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

3. Depuis la loi du 31 déc. 1990, le conseil de l'Ordre peut accorder une dispense d'une partie de cette durée (art. 4). Un avocat ne peut cependant être ni président du conseil d'administration, ni directeur général, ni membre du directoire, à moins que la S. A. n'ait pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels, art. 111, b, D. 27 nov. 1991 ; Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 464, n° 98, M. Menjuq.

4. D. Miellet, *Le point sur les déchéances liées à une condamnation pénale*, JCP E 2003, 229.

5. Cf. *Mémento F. Lefebvre, Sociétés commerciales*, n° 2025 s. ; N. Redon, *L'interdiction commerciale et industrielle ou la disparition des peines automatiques*, D. 2009, p. 1226 ; X. Delpech, D. 2008, p. 2132.

De son côté, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, reprenant sur ce point les solutions antérieures, dispose que ne peuvent être administrateurs de société anonyme les personnes dont la faillite personnelle a été prononcée (art. L. 653-2) ou contre lesquelles a été prononcée une interdiction de gérer (art. L. 653-8).

- 381 Conditions particulières** ◇ Les statuts peuvent prévoir que les administrateurs devront remplir une condition supplémentaire, attestée par exemple par la possession d'un diplôme ou une certaine ancienneté. Plus délicate a été la question de savoir si, par une disposition statutaire ou extra-statutaire (convention de vote), deux groupes d'actionnaires pouvaient se mettre d'accord sur la **répartition des postes d'administrateur**. Mais, dès lors que l'objectif recherché par la clause est conforme à l'intérêt social, et que les actionnaires conservent la liberté de porter leur choix sur plusieurs personnes sans se voir imposer un administrateur déterminé, la licéité d'une telle disposition est admise. Les actionnaires gardent leur liberté de vote et il n'y a pas atteinte au principe de libre révocabilité ¹.

Un autre moyen de répartition des sièges d'administrateurs consiste à créer dans les statuts des actions de catégories différentes et à prévoir que tel nombre de membres du conseil devra être choisi parmi les actionnaires de telle catégorie ². Au titre des actions de préférence (*supra*, n^{os} 289 s.), il peut être également prévu que leurs titulaires seront représentés au sein du conseil d'administration.

- 382 Administrateurs-représentants des salariés** ◇ Afin de développer une politique de participation des salariés dans l'entreprise (*infra* n^o 542), **les statuts peuvent prévoir** que des administrateurs élus par tous les salariés de la société siégeront au sein du conseil d'administration avec voix délibérative (art. L. 225-27, al. 1^{er}) ³. Ils devront notamment préciser le nombre de représentants des salariés (sans pouvoir dépasser quatre, ou cinq si la société est cotée, ni excéder le tiers des autres membres du conseil, art. L. 225-27) et la répartition des sièges entre cadres et non cadres. Les administrateurs élus par les salariés ont pratiquement le même statut, les mêmes

1. Cf. pour sa netteté, Com. 19 déc. 1983, *Rev. sociétés* 1985, 105, D. Schmidt. *Adde* not. T. Com. Paris, 1^{er} août 1974, *Rev. sociétés* 1974, 685, 2^e esp. B. Oppetit ; Amiens, 10 mars 1977, *Rev. sociétés* 1978, 258, Ph. Merle ; T. Com. Bruxelles, 13 déc. 1984, *Rev. sociétés* 1985, p. 115, Y. Guyon ; Paris, 18 juin 1986 (aff. *Lustucru*), *Bull. Joly* 1986, p. 853, n^o 257, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1986, 422, Y.G. ; T. com. Paris, (ord. réf.) 12 févr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 592, n^{os} 209, 210, M. Jeantin (responsabilité personnelle en cas de violation de la convention de vote).

2. Douai, 24 mai 1962, *JCP* 1962, II, 12871, D. Bastian ; Paris, 18 déc. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 604, n^o 212, P. Le Cannu.

3. Les statuts peuvent également prévoir que les administrateurs seront élus par les salariés des filiales directes ou indirectes (cf. art. L. 225-27 et L. 225-28). Le mandat d'administrateur élu par les salariés est notamment incompatible avec tout mandat de délégué syndical, de membre du C. E... (art. L. 225-30), cf. Soc. 30 sept. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 73, B. Saintourens.

pouvoirs et les mêmes responsabilités que les administrateurs nommés par l'assemblée générale des actionnaires.

Dans les sociétés privatisées, la représentation des salariés au conseil est au contraire obligatoire (cf. L. 6 août 1986 et 25 juillet 1994).

Lorsque les salariés actionnaires détiennent au moins 3 % du capital social, **les sociétés ont l'obligation** de nommer au conseil d'administration un ou plusieurs de leurs représentants (L. de modernisation sociale du 17 janv. 2002 modifiant art. L. 225-23) ¹. La nomination des administrateurs représentant les salariés actionnaires relève de la compétence de l'AGO des actionnaires, sur proposition des actionnaires visés à l'article L. 225-102 (art. L. 225-23, al. 1^{er}) .

Ces administrateurs ont le même statut ², les mêmes pouvoirs et les mêmes responsabilités que les autres administrateurs.

Les sociétés doivent recenser chaque année leurs actionnaires salariés afin de déterminer la part que ces derniers détiennent dans le capital à la clôture de chaque exercice (cf. art. L. 225-102).

Cette représentation d'une catégorie d'actionnaires au conseil d'administration ³ a donné des idées à d'autres catégories d'associés.

C'est ainsi que les opérations de privatisation ont incité les « petits actionnaires » à réclamer une représentation au sein des conseils d'administration des sociétés dénationalisées. Certaines sociétés ont répondu favorablement à cette demande en désignant un représentant des petits porteurs comme administrateur (par ex. le CCF, *Saint-Gobain*). D'autres ont préféré désigner l'un d'eux comme censeur (*infra*, n° 436 ; par ex. *Paribas*), créer des comités ou des clubs d'actionnaires (*L'Air Liquide*, *Total*, *Société générale*, *France-Télécom*).

Il apparaît toutefois à certains chefs d'entreprises que la distinction entre « gros » et « petits » actionnaires n'a aucun sens, puisque les uns et les autres ont les mêmes devoirs et les mêmes droits, et qu'il vaudrait mieux distinguer entre l'actionnariat stable et l'actionnariat spéculatif ⁴. Surtout, le conseil d'administration doit représenter collectivement l'ensemble des actionnaires. Chaque administrateur doit se considérer comme le représentant de l'ensemble des actionnaires et se comporter comme tel dans l'exercice de ses fonctions, sauf à engager sa responsabilité personnelle (*Rapport Viénot* I, p. 13).

1. B. Saintourens, La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés, *Bull. Joly* 2002, p. 461, n° 101 ; cf. égal. les commentaires de C. Malecki, *JCP E* 2002, n° 915, p. 986 ; J. M. Moulin, *Bull. Joly* 2002, p. 571, n° 128. Sur la sanction de l'absence de désignation d'administrateur, cf. les obs. critiques de J.-P. Chazal et Y. Reinhard, *RTD com.* 2003, p. 324.

2. Les administrateurs salariés ont un droit à l'information identique à celui des autres administrateurs, *Com.* 29 janv. 2008 (*Gaz de France*) *Bull. Joly* 2008, p. 392, n° 84, B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 2008, p. 363, J. P. Mattout ; *RTD com.* 2008, p. 363, P. Le Cannu et B. Dondero.

3. V. sur la validation de l'art. L. 225-23 issu de la loi de modernisation sociale, *Cons. const.* 12 janv. 2002, *RJDA* 2002, p. 315, n° 366.

4. François Michelin, Allocution lors de l'assemblée générale de la *Compagnie générale des établissements Michelin* du 19 juin 1987, plaquette p. 32. Cf. égal. R.M. JO déb. AN 4 mai 1987, p. 2561, *Rev. sociétés* 1987, p. 496.

B. Nomination et cessation des fonctions

383 Nomination ◇ Lors de la constitution de la société, qui ne fait pas appel public à l'épargne, les premiers administrateurs sont désignés dans les statuts (art. L. 225-16) ¹. La durée de leurs fonctions ne peut alors excéder trois ans (art. L. 225-18, al. 1) ².

Au cours de la vie sociale, que la société fasse ou non appel public à l'épargne, les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale ordinaire ³ et la durée de leurs fonctions ne peut pas dépasser six ans (art. L. 225-18, al. 1). Toute nomination qui interviendrait dans des conditions différentes serait nulle (al. 3).

Les administrateurs sont rééligibles ⁴, sauf stipulation contraire des statuts (al. 2). Pour assurer une certaine continuité dans l'administration de la société, on procède généralement à un renouvellement du conseil par roulement.

Certaines difficultés peuvent surgir lorsque des administrateurs cessent leurs fonctions entre deux assemblées générales (décès, démissions individuelles ou collectives). Les distinctions suivantes doivent être opérées :

– si le nombre des administrateurs devient inférieur au minimum statutaire, sans être inférieur au minimum légal de trois, le conseil d'administration doit procéder à des nominations à titre provisoire en vue de compléter son effectif dans le délai de trois mois à compter du jour où se produit la vacance ⁵. La **cooptation** est obligatoire (art. L. 225-24 al. 3) ⁶. Elle doit ensuite faire l'objet d'une ratification par la plus prochaine assem-

1. Au cas exceptionnel où la société se constituerait en faisant une offre au public (*supra*, n° 265) la désignation des administrateurs devrait avoir lieu au cours de l'assemblée générale constitutive (art. L. 225-7 al. 2). La durée de leurs fonctions ne pourrait dépasser six ans (art. L. 225-18, al. 1).

2. Sur le point de départ des fonctions, Paris (sol.) 29 juin 2001, *D.* 2001, p. 2678 A. Lienhard ; *JCP E* 2002, n° 680, p. 720, C. Puigelier ; *Bull. Joly* 2001, p. 1135, n° 253 ; *Rev. sociétés* 2001, p. 880, Y. Guyon.

3. Généralement, les nominations interviennent lors de l'assemblée ordinaire annuelle. Mais il a été jugé que l'assemblée générale extraordinaire avait également cette compétence dès lors qu'au cours de cette assemblée les administrateurs avaient été révoqués et qu'il convenait de les remplacer (Rennes, 25 févr. 1972, *JCP* 1972, II, 17220 ; *RTD com.* 1972, p. 921, n° 8, R. Houin). En cas de fusion ou de scission, la nomination peut être faite par l'assemblée générale extraordinaire (art. L. 225-18, al. 1 *in fine*).

4. Mais l'administrateur ne bénéficie pas d'un droit au renouvellement, Paris 7 sept. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 233, I. Urbain-Parléani. Sur la majorité à obtenir pour être renouvelé, Limoges, 19 oct. 1992, *Bull Joly* 1993, p. 217, n° 48, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993, p. 129, Y. Guyon.

5. Sur la pratique de la cooptation successive d'administrateurs pour remplacer les dirigeants de l'ancien groupe majoritaire, cf. *BCNCC* 82-1991, p. 255.

6. Sur les conséquences d'une cooptation irrégulière, v. *Com.* 30 avr. 1968, *D.* 1969, p. 89, J. Lacombe. Rappr. *Com.* 24 avr. 1990 (aff. *Cointreau*) *Rev. sociétés* 1991, 347, P. Didier ; *Bull. Joly* 1990, p. 511, n° 134, P. Le Cannu ; *JCP E* 1991, II, 122, M. Jeantin ; *RTD com.* 1990, p. 416, n° 4, Y. Reinhard ; Paris, 4 sept. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1138, n° 283, A. Couret.

blée générale ordinaire ¹. À défaut de ratification, hypothèse exceptionnelle, les délibérations prises et les actes accomplis antérieurement par le conseil n'en demeureront pas moins valables (al. 4).

– **Si le nombre des administrateurs devient inférieur au minimum légal**, la cooptation n'est pas possible et les administrateurs restants doivent convoquer immédiatement l'assemblée générale ordinaire en vue de compléter l'effectif du conseil (art. L. 225-24 al. 2).

Dans ces deux cas, si le conseil néglige de procéder aux nominations requises ou de convoquer l'assemblée, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant sur requête, la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale à l'effet de procéder aux nominations ou aux ratifications (art. L. 225-24, al. 5 et R. 225-18) ².

– **Si le nombre des administrateurs est égal ou supérieur au minimum statutaire**, la *cooptation*, soumise à ratification, n'est possible qu'en cas de vacance par décès ou par démission ; mais elle n'est pas obligatoire, et le conseil d'administration peut décider d'attendre la prochaine assemblée générale (art. L. 225-24, al. 1).

– **Si tous les administrateurs cessent leurs fonctions en même temps** (démission collective, décès accidentels), ou s'il est impossible de reconstituer le conseil, par suite de l'opposition entre deux groupes d'actionnaires de force égale, il convient de demander rapidement en justice la désignation d'un administrateur provisoire (*infra*, n^{os} 574 s.) afin d'éviter la paralysie de la société.

Toute nomination d'administrateur qui intervient durant la vie sociale est soumise aux formalités de **publicité** traditionnelles (*supra*, n^o 95) ³. Dès lors que cette nomination a été régulièrement publiée, ni la société, ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination de l'administrateur. Mais la société ne peut se prévaloir, à l'égard des tiers ⁴, de la nomination tant qu'elle n'a pas été publiée (art. L. 210-9, al. 1 et 2).

Le défaut de publicité de la désignation ne peut avoir pour effet de soustraire le dirigeant aux responsabilités attachées aux fonctions qu'il a acceptées et exercées ⁵.

1. Sur la régularisation par l'assemblée d'une cooptation irrégulière, Grenoble, 27 juin 1996, *Dr. sociétés* 1998, n^o 140, D. Vidal.

2. T. com. Nancy, 1^{er} oct. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 242, Ph. Merle.

3. S'il s'agit d'un simple renouvellement de fonctions, il n'y a lieu à aucune formalité de publicité (R.M. JO déb. AN 17 mai 1972, p. 1561).

4. Soc. 9 oct. 1991, *RJDA* 1991, n^o 1028, p. 867 ; D. 1991, IR 258 (un ancien administrateur devenu salarié n'a pas la qualité de tiers vis-à-vis de la société).

5. Com. 8 juillet 2003, *BRDA* n^o 19-2003, p. 3 (condamnation au comblement du passif).

384 Cessation des fonctions ◇ Les fonctions d'administrateur peuvent prendre fin pour des causes très variées ¹ : l'application des dispositions statutaires ou légales relatives à la limite d'âge (*supra*, n° 377), le décès, la transformation ou la dissolution de la société ; l'arrivée du terme prévu lors de la nomination (*supra*, n° 383) ². La cessation des fonctions de l'administrateur doit faire l'objet de mesures de publicité analogues à celles qui ont été effectuées au moment de sa nomination ³. L'engagement d'un ex-administrateur au sein d'une société concurrente ne constitue pas *ipso facto* un acte constitutif de concurrence déloyale ⁴.

En pratique, deux causes peuvent donner lieu à difficulté, la démission et la révocation.

Si le conseil d'administration a l'obligation d'inscrire à l'ordre du jour de l'assemblée générale ordinaire la question du remplacement d'un administrateur dont le mandat est expiré, il ne commet pas d'abus de droit en ne proposant pas la réélection de l'intéressé ⁵.

385 Démission ⁶ ◇ La démission peut être volontaire ou forcée. L'administrateur peut toujours se démettre de ses fonctions ⁷. Il n'a pas à motiver sa démission ; mais s'il quitte le conseil par suite d'un désaccord sur la conduite

1. La publicité régulière de la cessation des fonctions exclut la théorie de l'apparence, art. L. 210-9 (Com. 4 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 727, n° 211, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993, p. 567, B. Saintourens).

2. L'art. R. 225-15 précise que les fonctions d'un administrateur prennent fin à l'issue de la réunion de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ayant statué sur les comptes de l'exercice écoulé et tenue dans l'année au cours de laquelle expire le mandat dudit administrateur. Cette précision permet d'éviter d'avoir à convoquer une assemblée uniquement pour renouveler les fonctions des administrateurs.

3. Sur l'incidence du défaut de publicité, Soc. 26 juin 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 108, J. F. Barbieri. Sur l'intérêt pour l'administrateur démissionnaire de saisir le juge des référés pour obtenir l'exécution des formalités (art. R. 210-18, al. 2), Paris, 9 févr. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 206, Th. Bonneau ; Versailles 22 févr. 2001, *RJDA* 2001, p. 1015, n° 1215 (mandataire *ad hoc*). Cf. égal. Avis n° 00-20 du 26 juill. 2000 du Comité de coordination du RCS, *Bull. Joly* 2001, p. 109, n° 35. Pour une condamnation de la société sous astreinte à effectuer les formalités, Paris 15 mars 2002, *JCP E* 2002, 1639, n° 4, J. J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2002, n° 157, D. Vidal. Sur l'opposabilité de la cessation des fonctions même si la décision n'a pas été publiée, Paris, 25 févr. 2000, *RTD com.* 2000, p. 674, J.-P. Chazal et Y. Reinhard.

4. Com. 26 nov. 1996 *Dr. sociétés* 1997, n° 22, Th. Bonneau. Sur l'obligation de non-concurrence qui pèse sur les dirigeants et l'application du principe de proportionnalité à une clause excessive, Com. 16 déc. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 351, n° 118, Th. Granier.

5. Com. 7 nov. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 77, n° 13, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1990, 36 ; *JCP E* 1990, II, 15677, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 7 sept. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 233, I. Urbain-Parléani. V. cependant pour un non-renouvellement abusif, Paris, 27 oct. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 84, D. Cohen ; P. Le Cannu, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, *Bull. Joly* 1996, p. 11, n° 2 ; *RTD com.* 1996, p. 297, B. Petit et Y. Reinhard.

6. H. Souleau, *La démission des dirigeants des sociétés commerciales* ; *RTD com.* 1972, 21 ; D. Martin, *La démission des organes de gestion des sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 1973, 273.

7. Soc. 6 mai 1982, *Rev. sociétés* 1982, 523, P. Le Cannu ; Paris, 12 mai 1993, *RJDA* 1994, p. 240, n° 289 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 662, Y. Guyon.

des affaires sociales, il a tout intérêt à faire part de ses raisons, pour se prémunir contre une éventuelle action en responsabilité.

La démission doit résulter d'un acte positif de l'intéressé ¹ qui se manifeste par une déclaration lors de la réunion du conseil ou par une notification à la société ². C'est un acte unilatéral, qui n'a pas besoin d'être accepté et qui ne peut pas être rétracté ³. Mais la démission ne doit pas être donnée dans l'intention de nuire, ni à contre-temps, sous peine de dommages-intérêts.

La démission est forcée lorsque l'administrateur est frappé d'une incapacité, d'une interdiction, d'une déchéance (*supra*, n° 380) ou tombe sous le coup d'une incompatibilité (*supra*, n° 379).

386 Révocation ⁴ ◇ Le grand principe concernant les administrateurs de société anonyme est qu'ils **peuvent être révoqués à tout moment** par l'assemblée générale des actionnaires (art. L. 225-18, al. 2) ⁵, sans préavis ⁶, ni indemnité, sans qu'il soit nécessaire de donner un motif à cette révocation ⁷. La règle est une séquelle de l'analyse contractuelle de la situation de l'administrateur, mandataire révocable (art. 2004 C. civ.). Comme pour mieux marquer le caractère exorbitant de la solution, on continue à employer l'expression latine de révocabilité *ad nutum* (littéralement « au signe de tête »). Cette situation précaire de l'administrateur, dès lors qu'il ne

1. V. Com. 13 mars 1979, *Rev. sociétés* 1979, 828, Ph. Merle (rejetant le pourvoi contre Paris, 22 mars 1977, *RJ com.* 1978, 375, Ph. Merle ; D. 1978, p. 157, G. Gourlay) condamnant la notion de démission de fait. Est cependant assimilable à une révocation la « démission » donnée de façon précipitée, sous la pression des autres dirigeants, Paris, 8 juin 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 660, Y. Guyon.

2. Sur la date d'effet de la démission de l'administrateur, dans ses relations avec la société, cf. Amiens, 10 mars 1977, *Rev. sociétés* 1978, 258, Ph. Merle ; *RTD com.* 1977, p. 528 ; n° 17, R. Houin ; D. 1978, p. 198, J. Cl. Bousquet ; Soc. 27 oct. 1999, *Dr. sociétés* 2000, n° 19, Th. Bonneau ; Paris 25 mai 2004, *RJDA* 2005, p. 41, n° 48 (incidence sur un contrat de travail). Vis-à-vis des tiers la démission n'est opposable qu'après accomplissement des formalités de publicité (art. L. 210-9, al. 2). Rapp. Soc. 9 oct. 1991, *Bull. civ. V*, n° 404, p. 252.

3. Sur l'irrévocabilité de la démission, qui n'a pas à être acceptée, Com. 22 févr. 2005, *JCP E* 2005, 683, J. L. Navarro ; D. 2005, p. 716, A. Lienhard ; *JCP E* 2005, 1046, n° 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker. Adde. A. Lecourt, *Retour sur la démission des dirigeants de groupement*, *Dr. sociétés*, juill. 2006, p. 10.

4. B. Saintourens, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, *Bull. Joly* 2005, p. 667, n° 152 ; J.-J. Caussain, *La précarité de la fonction de mandataire social (révocation et modes de protection)* *Bull. Joly* 1993, p. 523, n° 151 ; J.-L. Aubert, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1968, 977 ; Ph. Reigné, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, *Rev. sociétés* 1991, p. 499 ; J.-F. Barbière, *La révocation des dirigeants sociaux : pour la liberté statutaire !* *JCP E* 2001, n° 24, suppl. n° 3, p. 5 ; F. X. Lucas, *L'avenir de la révocabilité ad nutum des dirigeants sociaux*, *Dr. sociétés* nov. 2001, chr. 1. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1996, p. 677. La révocabilité *ad nutum* joue également envers le président du conseil d'administration (*infra*, n° 419) et les membres du conseil de surveillance (*infra*, n° 449).

5. Com. 1^{er} juill. 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 819, J. P. Mattout.

6. Com. 23 juin 1975, *Bull. civ. IV*, n° 176, p. 147.

7. Com. 3 janv. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 6, p. 5.

contrôle pas l'assemblée, n'est pas satisfaisante. Il ne devrait pouvoir être révoqué que pour justes motifs et sous le contrôle de la justice ¹.

Cependant, la révocabilité *ad nutum* est une règle d'ordre public, et toute disposition statutaire ou extra-statutaire qui porterait atteinte directement ou indirectement à ce droit de révocation grâce à un « parachute doré » ², serait frappée de nullité. A vrai dire, ces parachutes dorés ne sont pas accordés aux personnes qui occupent seulement un poste d'administrateur. Ils sont en pratique réservés aux présidents et aux directeurs généraux des sociétés.

Est, par exemple, déclaré nul l'accord prévoyant le versement d'une indemnité forfaitaire ³, l'engagement de rachat de ses actions en cas de cessation de ses fonctions « quel que soit le motif de cette cessation » ⁴; la convention par laquelle lui serait consenti un contrat de travail ⁵; l'engagement pris par le cessionnaire de maintenir le cédant en fonctions ⁶.

Dans les sociétés non cotées, la jurisprudence tend à ne prononcer la nullité de ces conventions que si, par leurs conséquences financières importantes, elles dissuadent les actionnaires d'exercer leur faculté de révocation ⁷.

1. Comme les membres du directoire (art. L. 225-61), *infra*, n° 422 ; cf. nos observations sous Paris, 22 avr. 1980, *Rev. sociétés* 1981, p. 334, et dans le même sens, par ex., G. Ripert et R. Roblot, n° 1287.

2. J. El Ahdab, *Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée*, *Rev. sociétés* 2004, p. 18 ; S. Messaï-Bahri, *Le régime juridique des parachutes dorés*, *Bull. Joly* 2008, p. 521, n° 114 ; J. Delga, *Propos sur les golden parachutes*, *JCP E* 2007, 1803. TGI Paris (ord. réf.) 9 juill. 2003, *RTD com.* 2003, 775, N. Rontchevsky (*aff. Messsier*). Sur la responsabilité civile d'un avocat ayant mal conseillé son client, Aix 18 févr. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 948, n° 199, Ph. Merle. Certains abus dans l'octroi de pensions de retraite excessives (PDG de Carrefour en 2005) ont entraîné une réaction du législateur dans le sens d'une plus grande transparence, avec l'application de la procédure des conventions réglementées (*infra* n° 390-1, 400). Rappr. sur les primes d'arrivée dans la société, B. Roman, *Les « golden hellos » : nouvel eldorado des dirigeants*, *JCP E* 2004, 925 ; B. Dondero, *Les golden hellos : le salut impossible ?*, *Bull. Joly* 2008, p. 514, n° 113.

3. Com. 5 févr. 1974, *Bull. civ. IV*, n° 51, p. 40. V. cependant, *infra*, n° 419.

4. Paris, 30 oct. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 695, D. Schmidt ; *RTD com.* 1979, p. 271, n° 22, R. Houin ; Com. 10 mai 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 482, n° 156 ; *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 173, M. Jeantin et A. Viandier ; Paris, 14 déc. 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 111, Y. Guyon.

5. Soc. 15 mars 1983, *Rev. sociétés* 1983, 353, Y. Chartier ; *JCP* 1983, II, 20002, A. Viandier ; Com. 26 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 657, n° 145, Th. Granier ; *JCP E* 1999, p. 1239, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Dr. sociétés* 1999, n° 59, D. Vidal ; *RTD civ.* 1999, p. 831, J. Mestre (nullité absolue du contrat de travail et de l'engagement souscrit par la société cessionnaire) ; Civ. 1^{re}, 18 avr. 2000, *JCP E* 2000, p. 925 ; Paris, 26 janv. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 517, n° 154, P. Le Cannu.

6. Com. 2 févr. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 33, p. 34.

7. Com. 4 juin 1996 (*aff. Mesly d'Arloz*), *JCP E* 1996, II, 849, Y. Guyon (v. *infra*, n° 431). Cet auteur propose que dans les sociétés non cotées, ce soient les statuts qui fixent les conditions de révocation des dirigeants. V. également le rapport Marini qui proposait d'admettre, sous certaines conditions, la validité des conventions d'indemnisation (p. 37). Dans le même sens, M.C. Sordino, *Aménagements conventionnels et révocation ad nutum des dirigeants de société anonyme*, in *Mélanges C. Mouly*, *Litac* 1998, t. 2, p. 245.

L'octroi de parachutes dorés excessifs pourrait être sanctionné sur le terrain fiscal par la théorie de l'acte anormal de gestion, sur le terrain pénal par les peines infligées en cas d'abus de biens sociaux et, en cas de procédure collective de la société, par une action en responsabilité pour insuffisance d'actif

Dans les sociétés cotées, où les parachutes dorés ont donné lieu à de nombreux abus, le législateur a réagi par la loi du 26 juillet 2005 et la « loi TEPA » du 21 août 2007 : les engagements pris au profit des présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation des fonctions sont soumis aux dispositions sur les conventions réglementées et leur versement est soumis à des conditions de performance (cf. art. L. 225-42-1 nouv. ; *infra* n° 400 *in fine*).

La révocation peut être prononcée au cours d'une assemblée générale ordinaire (art. L. 225-18, al. 2) ou, exceptionnellement, extraordinaire ¹. La question n'a même pas à être inscrite à l'ordre du jour, puisque l'assemblée peut « en toutes circonstances » révoquer un ou plusieurs administrateurs et procéder à leur remplacement (art. L. 225-105, al. 3). Toutefois, la jurisprudence est très attentive à ce que l'administrateur puisse présenter ses observations devant l'assemblée au nom du respect du contradictoire ².

Sous l'empire de la loi de 1867, dans la rigueur du principe de fixité de l'ordre du jour, il était impossible de discuter de la révocation d'un administrateur si la question n'y figurait pas.

La jurisprudence des incidents de séance avait assoupli cette règle en permettant que la révocation soit prononcée, même dans le silence de l'ordre du jour, dès lors qu'une révélation imprévue était faite en assemblée ³.

La loi de 1966 n'a plus exigé que surgisse un incident de séance (qui pouvait être créé artificiellement), puisqu'il a été décidé que la révocation pouvait être décidée « en toutes circonstances » (art. L. 225-105, al. 3) ⁴.

En principe, la révocation ne donne droit à aucune réparation à l'administrateur qui a cessé de plaire. Cependant, deux hypothèses doivent être réservées. D'une part, si la résolution prononçant la révocation a été votée

1. Rennes, 25 févr. 1972, précité ; Paris, 15 mars 1990, D. 1992, Somm. 179, J. Cl. Bousquet et G. Bugéja.

2. J.-P. Bertrel, *La cohabitation de la révocabilité ad nutum et du contradictoire*, Dr. et patr., oct. 1998, p. 74 ; K. Adorn, *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. sociétés 1998, p. 487 ; F. X. Lucas, *Le principe du contradictoire en droit des sociétés in Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de M. A. Frison-Roche et Th. Revet, Dalloz 2006, p. 707. Com. 10 mai 2006, D. 2006, p. 1533, A. Lienhard (sur la présence d'un avocat) ; rapp. Com. 11 juill. 2006, D. 2006, p. 2399, A. Lienhard.

3. V. obs. Ph. Merle sous Com. 6 mai 1974, Rev. sociétés 1974, 526 et réf. citées.

4. Paris, 28 oct. 1994, Bull. Joly 1995, p. 55, n° 12, E. Lepoutre ; Rev. sociétés 1995, p. 110, Y.G. ; Lyon 9 janv. 2003, JCP E 2003, 1161, A. Viandier. Sur les pouvoirs du représentant d'un actionnaire en cas d'incident de séance, Com. 1^{er} juill. 2008, BRDA n° 14-2008, p. 3.

dans des **conditions de forme irrégulières**, elle peut être annulée, en application du droit commun des nullités d'assemblées (*infra*, n° 466) ¹.

D'autre part, la jurisprudence admet que la révocation peut constituer un **abus de droit**, si elle a eu un caractère précipité, brutal, ou a été entourée de circonstances injurieuses ou vexatoires, portant une atteinte injustifiée à la réputation de l'administrateur révoqué ². Mais ce dernier ne peut obtenir que des dommages-intérêts et non sa réintégration.

Pour se prémunir contre cette instabilité, les administrateurs ont tenté de se lier à la société par un contrat de travail, mais la loi de 1966 n'a admis la licéité de ce cumul que dans des conditions très strictes (*infra*, n° 389).

C. Statut des administrateurs ³

387 Condition juridique ◇ Les administrateurs sont moins des mandataires de la société, qu'ils n'ont pas le pouvoir de représenter, que des « *organes sociaux, chargés collectivement de gérer la société* » ⁴ (*supra*, n° 94). A titre individuel, l'administrateur n'a aucun pouvoir de gestion (*infra*, n° 391).

Comme les autres actionnaires, ils n'ont pas à ce titre la qualité de commerçant, ils ne font pas d'actes de commerce. C'est pourquoi aucune capacité juridique particulière ne leur est imposée ⁵. Seule, la société accomplit des actes de commerce.

De même, ils ne sont en principe pas personnellement responsables du passif social, et leur responsabilité est limitée à leur apport. Cependant, en cas de liquidation judiciaire de la société, ils peuvent être condamnés à supporter tout ou partie des dettes de la personne morale s'ils ont commis une faute de gestion (*cf.* art. L. 651-2 nouv. C. com.), et ils peuvent se voir condamnés à la faillite personnelle en cas de faute grave (*infra*, n°s 413 s.).

388 Droits et obligations ◇ En 1966, le législateur n'avait pas posé une règle de principe générale concernant la tâche des administrateurs. Cependant, la loi NRE, en redéfinissant les pouvoirs du conseil d'administration (*infra*,

1. Com. 21 juill. 1969, D. 1970, p. 88 ; Rappr. Com. 19 déc. 1983, préc., *Rev. sociétés* 1985, p. 105, D. Schmidt ; D. 1985, IR, 136, J. Cl. Bousquet. Cette annulation peut permettre à l'administrateur révoqué de gagner du temps et de dégager une majorité qui lui sera favorable à la prochaine assemblée...

2. Com. 6 mai 1974, *Rev. sociétés* 1974, 524, Ph. Merle ; JCP 1974, II, 17859, J.-J. Burst (révocation brutale et sans possibilité de défense) ; Paris, 3 juin 1985, *Bull. Joly* 1986, p. 191 (dénonciation abusive au Parquet) ; Aix, 25 mars 1993, JCP E 1994, I, 331, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain (pas de révocation brutale alors que la question n'était pas inscrite à l'ordre du jour) ; Paris 2 juill. 2002 (aff. Azzaro) *Bull. Joly* 2002, p. 1204, n° 257, P. Le Cannu (abus de majorité).

3. J.-F. Bulle, *Le statut du dirigeant de société*, préf. M. Germain, La Villeguérin Éditions, 1989 ; J.-J. Daigre, *Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes*, *Rev. sociétés* 1981, p. 497.

4. Y. Guyon, n° 323.

5. Un mineur émancipé, ayant la même capacité qu'un majeur pour les actes de la vie civile (art. 481 C. civ.), peut être administrateur, mais pas un mineur non émancipé ; R.M. JO déb. AN 21 déc. 1977, p. 9127 ; RTD com. 1979, p. 264, n° 15, R. Houin.

n^{os} 395 s.), a donné de nouvelles précisions qui permettent de mieux cerner les obligations des administrateurs : ils doivent, au sein du conseil, veiller à la mise en œuvre des orientations de l'activité de la société déterminées par celui-ci ; se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société ; procéder aux contrôles et vérifications jugés opportuns (cf. art. L. 225-35). On s'accorde également pour reconnaître qu'ils doivent accomplir leurs fonctions avec diligence et bonne foi ¹. Ils ont un **devoir de loyauté** envers leurs associés ² et à l'égard de la société ³. La jurisprudence se montre plus exigeante envers l'administrateur de la société cotée en bourse ⁴ et bénéficiant de jetons de présence confortables, qu'envers l'administrateur de la modeste société de famille, exerçant ses fonctions à titre gratuit. Les administrateurs doivent évidemment assister aux réunions du conseil d'administration ⁵, et respecter une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président (art. L. 225-37, al. 5) ⁶. Ils doivent également demander une autorisation au conseil d'administration pour toute convention intervenant directement ou indirectement entre eux et la société qu'ils administrent (art. L. 225-38 et s., *infra*, n° 398). Et lorsque la société est cotée en bourse, ils ne doivent pas utiliser abusivement sur le marché financier les informations privilégiées dont ils peuvent disposer (*supra*, n° 275).

1. Cf. E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés (droits français et anglais)* LGDJ 1998, préf. A. Tunc. V. égal. Rapport annuel COB 1993, p. 55.

2. H. Le Nabasque, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p. 273 ; B. Daille-Duclos, *Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP E 1998, p. 1486 ; J. J. Daigne, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants* in *Mélanges P. Bézard*, 2002, p. 79 ; J. J. Caussein, *A propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés*, in *Mélanges B. Mercadal*, Ed. Francis Lefebvre, 2002 ; M. Roussille, *De la réticence dolosive du dirigeant en matière de cession de droits sociaux ; quand déloyauté rime avec sévérité*, JCP E 2009, 1631. Com. 27 févr. 1996 (aff. Vilgrain), Bull. Joly 1996, p. 485, n° 164, A. Couret ; JCP E 1996, II, 838, D. Schmidt et N. Dion ; JCP G 1996, II, 22 665, J. Ghestin ; D. 1996, p. 518, Ph. Malaurie ; D. 1996, p. 591, J. Ghestin ; rapp. Com. 27 janv. 1998, RTD civ. 1998, p. 904, J. Mestre ; Com. 12 mai 2004, Bull. Joly 2004, p. 1114, n° 218, D. Schmidt ; *Rev. sociétés* 2005, 140, L. Godon ; D. 2004, p. 1599, A. Lienhard et E. Lamazerolles ; *Dr. sociétés* 2004, n° 139, F. G. Trébulle et n° 147, H. Hovasse ; JCP E 2004, 1510, n° 3, J. J. Caussein, Fl. Deboissy, G. Wicker (PDG achetant des actions à un actionnaire) ; Com. 22 févr. 2005, Bull. Joly 2005, p. 1105, n° 244, Th. Massart ; Com. 11 oct. 2005, Bull. Joly 2006, p. 632, n° 131, Th. Massart. Rapp. Paris 30 sept. 2005 (aff. Tapie) JCP E 2005, 1617, A. Viandier ; D. 2005, p. 2945, X. Lagarde, cassé partiellement par Ass. plén. 9 oct. 2006, D. 2006, p. 2933, D. Houtcieff : Com. 28 nov. 2006, *Rev. sociétés* 2007, p. 519, L. Godon. *Addé biblio. thématique*, *Rev. sociétés* 2002, p. 601.

3. Com. 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 813, n° 266, B. Petit (obligation de loyauté du dirigeant démissionnaire sur le terrain de la concurrence) ; Com. 6 juin 2001, *Lamy soc. com.* mars 2002, n° 144, I. Grossi (création d'une société concurrente).

4. Cf. égal. Rapport de l'IFA, *La gouvernance des sociétés cotées ; synthèse des recommandations sur le rôle et les modes d'action des conseils*, préc., mai 2007. *Vade-mecum des obligations des dirigeants des sociétés cotées*, Doc. COB, août 2002 ; JCP E 2002, p. 1997, n° 1800.

5. V. Aix, 3 févr. 1966, JCP 1966, II, 14861, R. Percerou, condamnant des administrateurs ayant gravement méconnu les obligations inhérentes aux « mandats » dont ils étaient investis, par une absence totale de contrôle des activités sociales.

6. D. Père, *L'obligation de discrétion des membres du conseil d'administration*, D. 2004, p. 1786.

La Charte de l'administrateur de Suez

Le Conseil d'Administration représente collectivement l'ensemble des actionnaires et sa mission doit s'exercer dans l'intérêt social.

Les administrateurs sont élus par l'Assemblée Générale des actionnaires en raison de leur compétence et de la contribution qu'ils peuvent apporter à l'administration de la société. La présente charte est établie afin de permettre à ces compétences de s'exercer pleinement et afin d'assurer l'entière efficacité de la contribution de chaque administrateur, dans le respect des règles d'indépendance, d'éthique et d'intégrité qui est attendu d'eux.

Conformément aux principes de bonne gouvernance, l'administrateur exerce ses fonctions de bonne foi, de la façon qu'il considère être la meilleure pour promouvoir la société et avec le soin attendu d'une personne normalement prudente dans l'exercice d'une telle mission.

→ Article 1 : Compétence

Avant d'accepter sa fonction, l'administrateur doit prendre connaissance des textes légaux et réglementaires liés à sa fonction ainsi que des prescriptions particulières à la société résultant des statuts, des règles de fonctionnement interne au Conseil, ainsi que de tout complément que le Conseil estime nécessaire de lui apporter.

→ Article 2 : Défense de l'intérêt social

L'administrateur doit être actionnaire et posséder un nombre d'actions au moins égal à celui que fixent les statuts de la société, il s'engage à les conserver pendant la durée de son mandat. A défaut de les détenir à son entrée en fonction, il dispose de trois mois pour se mettre en conformité avec cette obligation.

L'administrateur représente l'ensemble des actionnaires et doit agir en toute circonstance dans l'intérêt social de l'entreprise. L'administrateur s'engage à vérifier que les décisions de la société ne favorisent pas une partie ou catégorie d'actionnaires au détriment d'une autre.

→ Article 3 : Conflit d'intérêt

L'administrateur informera complètement et préalablement le Conseil de tout conflit d'intérêt réel ou potentiel dans lequel il pourrait, directement ou indirectement, être impliqué. Il est tenu de s'abstenir de participer aux débats et à la prise de décision sur les sujets concernés.

→ Article 4 : Indépendance

L'administrateur s'engage, en toutes circonstances, à maintenir son indépendance d'analyse, de jugement, de décision et d'action et à rejeter toute pression, directe ou indirecte, pouvant s'exercer sur lui et pouvant émaner d'administrateurs, de groupes particuliers d'actionnaires, de créanciers, de fournisseurs et en général de tout tiers.

L'administrateur s'engage à ne pas rechercher ou accepter de la société ou de sociétés liées à celle-ci, directement ou indirectement, des avantages susceptibles d'être considérés comme étant de nature à compromettre son indépendance.

→ Article 5 : Efficacité du Conseil

L'administrateur est pleinement conscient qu'il appartient au Conseil de définir les missions et valeurs de la société, d'arrêter ses objectifs stratégiques, de s'assurer de la mise en place des structures et procédures destinées à atteindre les objectifs, de veiller au contrôle de la

société et de fournir les informations et explications aux actionnaires.

Les délibérations du Conseil font l'objet de votes formels, en ce qui concerne notamment l'approbation des comptes, du budget et des résolutions à soumettre à l'Assemblée Générale, ainsi que sur les sujets importants concernant la vie de la société.

L'administrateur sera attentif à la définition et à l'exercice des pouvoirs et responsabilités respectifs des organes de la société.

En particulier, il vérifiera qu'aucune personne ne puisse exercer dans la société un pouvoir discrétionnaire sans contrôle ; il s'assurera du bon fonctionnement des comités particuliers créés par le Conseil ; il s'attachera à ce que les organes internes de contrôle fonctionnent avec efficacité et que les Commissaires aux Comptes exercent leur mission de manière satisfaisante.

Le Conseil procède à intervalles réguliers, n'excédant pas deux ans, à une évaluation de son propre fonctionnement, qui est conduite par un administrateur indépendant.

➔ Article 6 : Assiduité

L'administrateur doit consacrer à ses fonctions le temps et l'attention nécessaires. Dans l'hypothèse où un administrateur se propose d'accepter un mandat en plus de ceux qu'il détient (à l'exception des mandats d'administrateur exercés dans des sociétés contrôlées non cotées), il porte ce fait à la connaissance du Président du Comité en charge des nominations avec qui il examine si cette charge nouvelle lui laisse une disponibilité suffisante pour SUEZ.

Le rapport annuel indique les mandats exercés, abandonnés ou acceptés dans l'année par l'administrateur et rend compte de son assiduité aux réunions du Conseil et des comités dont il est membre. L'administrateur veille à assister aux Assemblées Générales des actionnaires.

➔ Article 7 : Information, confidentialité

L'administrateur doit s'assurer qu'il reçoit une information suffisante et en temps utile pour que le Conseil puisse valablement délibérer. Il lui appartient de réclamer au Président les éléments qu'il estime indispensables à son information dans les délais appropriés.

Les informations relatives au Groupe communiquées à un administrateur dans le cadre de ses fonctions lui sont données *intuitu personae*. Il doit en protéger personnellement la confidentialité et ne doit les divulguer en aucun cas. Cette obligation personnelle s'impose également aux représentants d'une personne morale administrateur.

➔ Article 8 : Information privilégiée

L'administrateur recueille l'avis du Secrétaire Général de SUEZ avant d'effectuer ou de faire effectuer par un tiers des opérations sur les titres des sociétés du Groupe ou sur toute valeur mobilière s'y rattachant, ainsi que des opérations de même type relatives à des sociétés sur lesquelles il détient des informations du fait de sa qualité d'administrateur de SUEZ. Le Secrétaire Général de SUEZ l'informe sur les conditions que doivent respecter lesdites opérations.

➔ Article 9 : Devoir d'expression

L'administrateur s'engage, s'il estime que la décision éventuelle du Conseil est de nature à nuire à la société, à exprimer clairement son opposition et à utiliser tous les moyens pour convaincre le Conseil de la pertinence de sa position. A cet effet, tout en considérant que sa démission peut constituer la conséquence ultime de son opposition, il envisagera successivement :

- d'exposer les raisons de son opposition et les conséquences dommageables pour la société de la décision envisagée par le Conseil,
- de faire demander l'avis d'experts internes ou externes au Groupe,
- de demander l'ajournement de la décision, si sa nature le permet,
- de demander d'annexer sa position mise par écrit au procès-verbal de la réunion,
- de demander une réunion spéciale du Conseil pour examiner toutes les solutions.

➔ Article 10 : Valeurs du Groupe

L'administrateur adhère aux valeurs de SUEZ : professionnalisme, partenariat, esprit d'équipe, création de valeur, respect de l'environnement, éthique ; il s'engage à les promouvoir et à veiller à leur mise en œuvre. Il conséquence, il prend en compte dans ses décisions l'impact financier et économique de celles-ci, mais considère également leurs conséquences vis-à-vis du développement durable, des relations sociales, de la satisfaction des clients et de l'intérêt général des communautés où le Groupe exerce ses activités.

Chaque administrateur de SUEZ, ainsi que chaque représentant permanent de personne morale administrateur, adhère à la présente charte par le fait d'accepter sa fonction. Un administrateur n'étant plus en conformité avec la présente charte doit en tirer les conclusions et remettre son mandat à la disposition du Conseil ou démissionner de son poste de représentant d'une personne morale administrateur.

Afin que les administrateurs puissent remplir leur mission en toute connaissance de cause, la Cour de cassation leur avait reconnu un véritable *droit individuel à l'information*¹ dans l'arrêt *Cointreau*, dont la violation entraîne la nullité des actes et délibérations adoptés lors de la réunion du conseil d'administration². Ce droit à l'information a été consacré par la loi NRE qui prévoit désormais que « le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission » (art. L. 225-35, al. 3)³. Le président du conseil d'administration doit lui-même s'assurer que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause (cf. art. L. 225-51).

Le rapport Viénot I, dans le cadre du gouvernement d'entreprise (*supra*, n° 248), a souhaité que les sociétés cotées établissent une charte de l'administrateur dans laquelle serait formulée la déontologie essentielle les concernant⁴. C'est ce qu'a fait, par exemple, la société Suez avec « la charte de l'administrateur » adoptée par son conseil d'administration dès le 9 janvier 2002, *supra*, p. 436-437.

389 *Cumul des fonctions d'administrateur avec un contrat de travail*⁵ ◇ La question de savoir s'il convient d'autoriser au sein de la société anonyme le cumul entre un « mandat » social et un contrat de louage de services, conférant des fonctions de directeur technique (directeur du personnel, directeur commercial, financier...) est délicate.

1. R.M. Borges, *Le droit d'information individuel des administrateurs de société anonyme*, Bull. Joly 1997, p. 843, n° 309.

2. Com. 24 avr. 1990, Bull. Joly 1990, p. 511, n° 134, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1991, 347, P. Didier ; JCP E 1991, II, 122, M. Jeantin ; RTD com. 1990, p. 416, n° 4, Y. Reinhard (« la méconnaissance des droits à l'information d'un membre du conseil d'administration affecte, par elle-même, la régularité de la réunion de cet organe social ») ; et déjà dans la même affaire, Com. 2 juill. 1985, D. 1986, p. 351, Y. Loussouarn ; JCP 1985, II, 20518, A. Viandier ; Defrénois 1986, art. 33713, p. 600, n° 3, J. Honorat. Cf. égal. Paris, 16 mars 1995, Rev. sociétés 1996, p. 120, Y.G. ; Paris, 16 nov. 1995 (2^e esp.) Bull. Joly 1996, p. 132, n° 40, P. Le Cannu ; Versailles, 11 juin 1998, RJDA 1998, p. 933, n° 1243 (rejet de l'action en responsabilité intentée par la société contre son ancien président pour manquement à son devoir d'information) ; Paris, 31 mars 2000, D. aff. 2000, n° 16, p. V. ; Paris, 16 nov. 1995, JCP E 1996, I, 541, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain. Cf. R. Baillod, *L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, RTD com. 1990, p. 1 ; J.-P. Bouère, *L'information du conseil d'administration*, JCP E 1992, I, 190.

3. Dans un arrêt ne faisant pas encore application de la loi NRE, la Cour de cassation avait décidé que l'information devait être préalable à la réunion du conseil et qu'elle était portable, Com. 8 oct. 2002, JCP E 2003, 317, A. Viandier ; Bull. Joly 2003, p. 353, n° 69, D. Vidal ; Dr. sociétés 2003, n° 36, H. Hovasse ; RTD com. 2003, p. 327, J.-P. Chazal et Y. Reinhard (époux en instance de divorce). Le nouveau texte a légalisé cette jurisprudence.

4. Rapport Viénot I, p. 22.

5. F. Collin, *Le droit social du dirigeant d'entreprise ; la problématique du contrat de travail du dirigeant social*, Dr. sociétés juin 2005, p. 7 ; juill. 2005, p. 7 ; A. Sayag, *Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions*, Rev. sociétés 1981, p. 1 ; C. Puigelier, *Les incidences du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : de trop nombreuses incertitudes*, JCP E 1992, I, 188. V. sur la pratique du cumul systématique en Allemagne, Cl. Ducouloux-Favard, *Le cumul des fonctions de dirigeant et de salariés dans les sociétés de capitaux en Allemagne*, Rev. sociétés 1988, p. 381.

– D'un côté, le cumul permet d'assurer la promotion sociale des cadres de l'entreprise. Il facilite également le fonctionnement des petites sociétés familiales dans lesquelles les administrateurs sont souvent chargés par nécessité des fonctions de directeur technique. Fiscalement, l'administrateur salarié a un régime plus avantageux, dans la mesure où le salarié bénéficie de la déduction de 10 %¹. En outre, les salaires sont en principe déductibles du résultat imposable de la société². Si l'entreprise connaît des difficultés, l'administrateur, grâce à son contrat de travail, peut prétendre aux indemnités de licenciement, aux allocations du régime de l'assurance chômage et à la garantie du paiement des salaires par l'AGS³.

– Mais, d'un autre côté, l'autorisation de cumul risque d'être à l'origine d'emplois créés de façon fictive uniquement pour procurer à certains administrateurs une rémunération supplémentaire et les garanties du droit social. De plus, le cumul peut porter atteinte au principe de libre révocabilité : il est généralement difficile d'admettre que l'administrateur soit inapte à conserver son « mandat » social et soit donc révoqué, mais que ses qualités de salarié soient telles qu'il conserve son contrat de travail⁴. Pour éviter cette contradiction, il conviendrait de résilier le contrat de travail, mais l'opération risque d'être très onéreuse pour la société (indemnités de congédiement ; dommages-intérêts pour rupture abusive). C'est pourquoi le conseil d'administration, dans cette situation, pourra préférer ne pas prononcer de révocation, ce qui est en contradiction avec la révocabilité *ad nutum* de l'article L. 225-18, al. 2. Enfin, le président du conseil d'administration, s'il est directeur général, a les salariés sous son autorité, et va, paradoxalement, être contrôlé par eux, en leur qualité d'administrateur⁵.

En considération de ces avantages et de ces inconvénients, le législateur (art. L. 225-22) a adopté une position restrictive, appliquée par la Cour de cassation : « *lorsqu'il s'agit d'un mandataire social, la production d'un écrit ne suffit pas à créer une apparence de contrat de travail et il appartient à l'intéressé de rapporter la preuve du lien de subordination qu'il prétend avoir existé parallèlement à son contrat de travail* »⁶. Le système est le suivant :

1. Plafonnée à 13 893 € pour les revenus 2008 (art. 83-3° CGI).

2. Il convient, toutefois, de réserver le cas où cette rémunération ne correspondrait pas à un emploi effectif ou serait excessive eu égard à l'importance des services rendus (art. 39.1.1° CGI ; v. *infra*, n° 390).

3. Cf. Y. Guyon, t. II, n° 1352, sur l'assurance garantissant les créances salariales ; J. Thilet-Pretnar, *L'assurance garantie des salaires*, *Dr. soc.* 1981, 150. Cf. égal L. Flinders, *Quelles protections en cas de chômage ou de perte de revenu du dirigeant ?* *Dr. sociétés* déc. 1991, p. 1.

4. Soc. 4 févr. 1993, *RJS* 5-1993, n° 559 (le licenciement ne peut être fondé sur des éléments tirés du comportement de l'intéressé en tant que mandataire social). *Rapp. Soc.* 7 avr. 1993, *RJDA* 1993, p. 547, n° 619 ; *Bull. Joly* 1993, p. 665, n° 182.

5. Cf. par ex. Soc. 16 oct. 1975, *Rev. sociétés* 1976, 489, D. Randoux ; Soc. 14 juin 1979, *Rev. sociétés* 1980, 87, P. Le Cannu, sur le droit de critique du salarié-administrateur. Cf. aussi Com. 27 mars 1990, *Bull. Joly* p. 530, n° 138, P. Le Cannu.

6. Soc. 17 sept. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 12, n° 1, B. Saintourens ; *JCP E* 2009, 1014, C. Pui-geliet.

a) **Un administrateur en fonction ne peut pas conclure un contrat de travail avec la société** ¹. La règle n'est pas expressément formulée par le texte, mais elle a été affirmée avec netteté par la Cour de cassation ², conformément aux travaux préparatoires.

Le contrat de travail serait frappé de nullité absolue ³ et l'administrateur devrait restituer le salaire et les accessoires de salaire qu'il a perçus ⁴.

b) **Un salarié peut devenir administrateur**, sans perdre le bénéfice de son contrat de travail, si deux conditions sont remplies :

1. **Le contrat de travail doit être effectif** (art. L. 225-22) ⁵. Reprenant la solution jurisprudentielle antérieure, le législateur a voulu que le contrat de travail soit « sérieux et sincère » et qu'il y ait un lien de subordination avec la société. Cette condition suscite un contentieux abondant, à l'initiative des Assedic qui, à la suite de la multiplication des dépôts de bilan, ont eu l'occasion de contester de plus en plus souvent la régularité des cumuls ⁶.

Pour la jurisprudence, les fonctions d'administrateur et de salarié doivent être nettement distinctes ; cette dualité sera mieux admise, si elle se traduit par deux

1. Les fonctions d'administrateur débutent au moment de leur acceptation et non à partir de l'immatriculation de la société, Paris (sol.) 29 juin 2001, *supra* n° 383. Sur le sort du contrat de travail conclu par un administrateur postérieurement à sa démission, Soc. 25 juin 1996, *D.* 1997, p. 341, C. Puigellier ; *JCP E* 1996, I, 3980, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Soc. 26 juin 2008, *BRDA* n° 18-2008, p. 3 (démission non publiée). Sur une hypothèse de démission frauduleuse d'un mandat social pour conclure immédiatement un contrat de travail, Soc. 18 mai 2005, *RTD com.* 2006, p. 138, P. Le Cannu.

2. Cf. par ex. Soc. 7 juin 1974, *Rev. sociétés* 1975, 91, Y. Chartier ; *RTD com.* 1975, p. 117, n° 7, R. Houin ; Soc. 7 et 21 nov. 1974, *Journ. agrées* 1975, 335, Y. Chartier ; *RTD com.* 1975, p. 543, n° 15, R. Houin ; Com. 7 mars 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 435, n° 155 ; *JCP E* 1989, II, 15562, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain (le contrat de travail étant nul, la clause de rachat d'actions en cas de licenciement, qu'il contient, doit être déclarée sans effet) ; Soc. 2 nov. 1993, *RJDA* 1994, p. 154, n° 178 ; Paris, 5 mars 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 354.

3. Soc. 21 nov. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 383, n° 88, G. Auzéro ; *RTD com.* 2007, p. 141, Cl. Champaud et D. Danet ; Com. 26 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 657, n° 145, Th. Granier ; *JCP E* 1999, p. 1239, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Dr. sociétés* 1999, n° 59, D. Vidal ; *RTD civ.* 1999, p. 831, J. Mestre. V. sur la possibilité d'un contrat de travail conclu tacitement après la disparition de la cause de nullité, Soc. 10 janv. 2001, *RJDA* 2001, p. 618, n° 699 et sur la possibilité de prendre en compte l'ancienneté même en cas de cumul irrégulier, Soc. 21 mars 2002, *RJDA* 2002, p. 766, n° 902.

4. Com. 16 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 757, n° 260, P. Le Cannu ; *Quot. jur.* 8 août 1995, p. 8, P.B. ; *Rev. sociétés* 1996, p. 95, C. Gerschel ; *RTD com.* 1995, p. 792, B. Petit et Y. Reinhard ; *RTD civ.* 1996, p. 160, n° 13, J. Mestre. La Chambre sociale semble s'être ralliée à cette position dans un arrêt du 25 févr. 1997, *D.* 1998, somm. 185, J. Cl. Hallouin. Cf. auparavant Soc. 6 mai 1982, *Rev. sociétés* 1982, 523, P. Le Cannu ; Paris, 29 mai 1997, *RTD com.* 1997, p. 648, B. Petit et Y. Reinhard (solution favorable à l'action de *in rem verso*).

5. F. Mansuy, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux*, *Rev. sociétés* 1987, p. 1.

6. C'est à celui qui soutient qu'il a été mis fin au contrat de travail par la nomination d'un salarié à des fonctions de mandataire social d'en rapporter la preuve, Soc. 10 févr. 1993, *RJDA* 1993, p. 866, n° 1033.

rémunérations différentes ¹ et si les fonctions salariées sont techniques plutôt qu'administratives ². Lorsque les fonctions sociales absorbent les fonctions salariées ou lorsque le lien de subordination vient à faire défaut (ce sera plus fréquent pour les fonctions de président, de PDG ou de directeur général que pour celles d'administrateur) la Cour de cassation a admis que le contrat de travail se trouve, en l'absence de convention contraire, **automatiquement suspendu**, pendant le temps d'exercice du mandat social, peu important qu'il ait été modifié dans l'un de ses éléments substantiels lors de la cessation du mandat ³.

En conséquence, pendant la durée de la suspension, l'intéressé ne perçoit pas son salaire et perd sa couverture sociale. À l'expiration du mandat social, le contrat de travail suspendu retrouve tous ses effets ⁴. Dès lors que cette condition est remplie, les fonctions d'administrateur et de salarié vont coexister. Au cas où le contrat de travail serait modifié, il devrait être soumis à la procédure de contrôle des articles L. 225-38 et s. (*infra*, n^{os} 398 s.) ⁵. Mais la modification ne doit pas être d'une telle importance qu'elle donne naissance à un nouveau contrat de travail, car le cumul ne serait plus possible (*supra*, a).

L'AFEP et le MEDEF considèrent cependant que cette suspension est insuffisante **dans les sociétés cotées**. Ils ont en effet recommandé que lorsqu'un salarié devient mandataire social il soit mis fin au contrat de travail qui le lie à la société : « le niveau élevé des rémunérations des dirigeants mandataires sociaux dans les sociétés cotées se justifie notamment par la prise de risque. Il est par conséquent incompatible avec le cumul des avantages du contrat de travail » ⁶.

2. Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction (art. L. 225-22, al. 2) ⁷.

Ne doivent pas être comptés pour la détermination des administrateurs liés à la société par un contrat de travail, les administrateurs élus par les

1. V. par ex. Soc. 4 janv. 1974, *Bull. civ.* V, n^o 13, p. 12.

2. Paris, 22 oct. 1973, *Gaz. Pal.* 1974, I, 168, Ph. Laurent ; *RTD com.* 1974, p. 533, n^o 5, R. Houin ; Soc. 5 juin 1980, *Bull. civ.* V, n^o 492, p. 371 ; *Rev. sociétés* 1981, p. 88, 1^{re} esp., Y. Chartier.

3. Soc. 12 déc. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 842, n^o 302, P. Le Cannu ; *JCP E* 1991, I, 61, n^o 9, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1992, p. 198, n^o 2, Y. Reinhard ; Soc. 8 oct. 2003, *JCP E* 2004, n^o 29, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker. ; Paris 26 sept. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 47, n^o 5, B. Saintourens. Cf. B. Petit, *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, *RTD com.* 1981, p. 29 et *Le sort du contrat de travail des directeurs généraux*, *Dr. sociétés* 1991, p. 463 ; R. Vatinet, *Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, *Rev. sociétés* 1999, p. 273.

4. Sur la neutralisation de l'ancienneté pendant la période de suspension, Soc. 30 oct. 2001, *RJDA* 2002, p. 222, n^o 260, sauf convention contraire, Paris 30 sept. 2003, *RJDA* 2004, p. 764, n^o 819.

5. Soc. 8 déc. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 251, I. Balensi, montrant bien que l'augmentation de salaire est soumise à la procédure des art. L. 225-38 et s., alors que l'augmentation de rémunération en qualité de directeur général ne peut résulter que d'une décision du conseil d'administration.

6. AFEP-MEDEF, *Recommandations sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé*, oct. 2008, p. 2.

7. La « règle du tiers » est écartée dans certaines sociétés, par exemple les SEL (art. 12 al. 2 L. 31 déc. 1990), mais pas en cas de fusion (R.M. JO déb. AN 24 avr. 1995, p. 2211 ; *Bull. Joly* 1995, p. 517, n^o 179).

salariés, les administrateurs représentant les salariés actionnaires ou le fonds commun de placement d'entreprise (art. L. 225-22 al. 3 ; *cf. infra*, n° 541-1).

Curieusement, la loi ne prévoit pas de sanction en cas de dépassement, mais, par analogie, il convient d'appliquer celle prévue à l'alinéa 1^{er} 1.

Cette règle du tiers est beaucoup trop rigide. Elle a été heureusement écartée en cas de rachat d'une entreprise par ses salariés, à condition que l'opération se situe dans le cadre d'un RES (art. 220 quater A-I, al. 6 CGI). Le rapport Marini suggérait que la limitation légale soit portée à la moitié des postes (p. 45).

3. Jusqu'à la loi Madelin du 11 février 1994, une troisième condition était exigée : *le contrat de travail devait être antérieur de deux ans au moins à la nomination comme administrateur* (art. L. 93 al. 1 anc.). Ce délai minimum avait été instauré pour que l'intéressé ne puisse pas se faire consentir un contrat de travail juste avant sa nomination en qualité d'administrateur.

Cette condition d'antériorité a été jugée excessive, compte tenu du contrôle exercé par les tribunaux sur le caractère effectif du contrat de travail, et a donc été supprimée. Dans la logique de cette réforme, le rapport Marini proposait d'autoriser l'administrateur à conclure, postérieurement à sa désignation, un contrat de travail avec la société (p. 37).

En revanche, cette condition d'antériorité de deux ans du contrat de travail demeure exigée par l'article L. 225-28 pour devenir administrateur, élu par les salariés.

En pratique, cette réglementation sur les cumuls est source de beaucoup d'insécurité ² ; elle est surtout gênante pour les sociétés anonymes de taille modeste. Dans les groupes de sociétés, rien ne s'oppose à ce que le salarié d'une société soit nommé administrateur d'une autre société... ³.

1. Cf. Com. 11 juin 1986, *JCP E* 1986, II, 15846, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain, décidant qu'il y a nullité de la nomination aux fonctions d'administrateur, mais pas nullité du contrat de travail.

2. Cf. par ex. Agen, 1^{er} mars 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 786, Y. Guyon.

3. Soc. 20 mars 1996 (aff. *Personnaz*) *Bull. Joly* 1996, p. 514, n° 175, J. Ph. Dom, *id.* p. 477, n° 163 ; *RTD com.* 1997, p. 114, B. Petit et Y. Reinhard (Chausse-trappes d'une garantie de réintégration). N. de Sevin, *Exercice d'un mandat social dans une filiale en exécution d'un contrat de travail conclu avec la société mère*, *RJS* 6-1992, p. 391 ; Soc. 7 avr. et 6 oct. (2 arrêts) 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 76, B. Petit ; *Dr. sociétés* 1994, n°s 14 et 15, H. Le Nabasque ; *Bull. Joly* 1993, p. 1242, n° 371, P. Le Cannu ; *JCP E* 1994, II, 529, Y. Guyon ; Soc. 4 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 661, n° 251, J.-P. Dom ; *JCP E* 1997, I, 676, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1997, p. 650, B. Petit et Y. Reinhard ; *JCP E* 1998, p. 110, D. Miellet ; Soc. 2 déc. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 777, n° 252, G. Baranger ; Soc. 11 mars 2003, *JCP E* 2003, 1203, n° 9, J.J. Caussain, Fl. Deboissy et F. Wicker. Sur le statut des dirigeants de filiale, B. Petit et Y. Reinhard, *RTD com.* 1998, p. 174. R.M. JO déb. AN 9 mars 1981, p. 1028 ; *Rev. sociétés* 1981, p. 426. De son côté, le juge fiscal admet la déductibilité des indemnités de licenciement versées par une filiale à une salariée mise à sa disposition par sa société mère, dès lors qu'ayant exercé le pouvoir de direction et de contrôle du travail de l'intéressée elle était solidairement responsable des conséquences financières de la rupture de son contrat de travail, TA Paris 24 oct. 2007, *Sté Groupe David Girard*, *RJF* 5/08, n° 538.

390 Rémunération ¹ ◇ Les fonctions d'administrateur sont rarement exercées à titre gratuit, sauf dans les petites sociétés familiales. Comme le soulignait le *rapport Sudreau*, une rémunération convenable mais non excessive doit être prévue pour permettre le recrutement au sein du conseil de personnes de valeur, car, en général, il s'agit plus de leur demander des avis pertinents qu'un travail matériel. Et il faut également tenir compte du risque qu'encourent ces personnes sur leur patrimoine, en cas d'évolution défavorable des affaires de la société ².

L'article L. 225-44, dans une rédaction très restrictive, prévoit que l'activité des administrateurs ne peut être rémunérée que par des **jetons de présence** ³. Le montant annuel ⁴ des jetons de présence est déterminé par l'assemblée générale, qui ne saurait être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures, et il est porté aux charges d'exploitation (art. L. 225-45).

La répartition de cette somme globale, qui est fixe, entre les administrateurs est déterminée par le conseil d'administration (art. L. 225-45). Les jetons de présence peuvent donc faire l'objet d'une répartition inégale ⁵ et ils ne récompensent pas nécessairement, contrairement à leur nom, l'assiduité des administrateurs. Généralement, ils sont composés d'une partie fixe et d'une partie variable qui est fonction de l'assiduité aux réunions du conseil.

En outre, il peut être alloué, par le conseil d'administration, des **rémunérations exceptionnelles** (art. L. 225-46) pour les missions ou mandats confiés à des administrateurs, qui dépassent le cadre normal de leurs fonctions. Afin d'éviter les abus ⁶, ces rémunérations sont soumises aux dispositions des articles L. 225-38 et s. (*infra*, n^{os} 398 s.) ⁷.

1. B. Saintourens et alii, *La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions*, *Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, mars-avril 2009 ; F. Garron, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 2004, p. 795 ; E. du Pontavice, *La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme*, in *Mélanges en l'honneur de D. Bastian*, *Librairies Techniques*, p. 177 ; P. Le Cannu, *Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales*, *Mélanges AEDBF-France*, éd. Banque, 1997, p. 247.

2. Cf. le rapport de l'Institut Montaigne, <http://univ.institutmontaigne.org>, *Comment bien payer les dirigeants d'entreprises ?*, JCP E 2007, Act. 354.

3. Sur le régime fiscal des jetons de présence, *infra* n° 390-2.

4. L'assemblée n'est pas tenue de fixer tous les ans le montant des jetons de présence. Mais elle peut modifier chaque année le niveau de rémunération antérieurement fixé. Exemple de résolution : « L'assemblée générale ordinaire fixe à la somme de 2 500 000 F (375 000 €) le montant global annuel des jetons de présence alloués au conseil d'administration. Cette décision, applicable à l'exercice en cours, sera maintenue jusqu'à décision contraire » (*Eridania-Béghin-Say*, AGO 27 mai 1992). LMVH est la société la plus généreuse du CAC 40 avec 1 117 500 € distribués en 2005 à 17 bénéficiaires. L'Oréal a distribué 925 000 € à 14 administrateurs, Vivendi Universal 901 125 € à 12 bénéficiaires (source : AFEP). Le plus souvent, les jetons de présence sont conservés par la personne morale administrateur et ne sont pas encaissés par le représentant permanent.

5. R.M. JO déb. AN 29 juill. 1985, p. 3672 ; *Rev. sociétés* 1985, p. 890.

6. TGI Alençon, 22 juill. 1981, BCNCC 1981, p. 480, E. du Pontavice.

7. Com. 2 mai 1983, *Rev. sociétés* 1984, 775, P. Didier ; Com. 23 juill. 1985, *Bull. Joly* 1985, p. 863, n° 290.

Enfin, le conseil peut autoriser le **remboursement des frais** de voyage et de déplacement ainsi que des dépenses engagées par les administrateurs dans l'intérêt de la société (art. R. 225-33, al. 2).

Les administrateurs ne peuvent percevoir de la société aucune rémunération permanente ou non, autre que celles qui viennent d'être indiquées, sous réserve des salaires perçus par ceux qui remplissent les conditions du cumul (*supra*, n° 389) ¹. Toute clause statutaire contraire serait réputée non écrite et toute décision contraire nulle (art. L. 225-44, al. 2) ². L'octroi de rémunérations hors de proportion avec les fonctions effectivement exercées, ou excessives par rapport à la situation financière et aux ressources de la société, peut entraîner une condamnation pénale pour abus de biens sociaux ³.

De telles rémunérations risquent également d'encourir les foudres du *droit fiscal* ⁴. Celui-ci, en effet, s'assure que les rémunérations admises à la déduction du résultat imposable d'une société correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard à l'importance du service rendu (art. 39.1.1° CGI ⁵).

Si tel est le cas, la partie excessive est réintégrée dans le résultat imposable de la société ⁶ et imposée entre les mains du dirigeant au titre des distributions irrégulières de bénéfices, *c'est-à-dire dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, avec application d'une majoration de 25 %* ⁷. Il existe toutefois un mécanisme de tempérament, dit la « cascade » (article 77 du Livre des Procédures Fiscales), dont le bénéfice peut être demandé par le dirigeant, mais qui n'est intéressant pour ce dernier que s'il est également actionnaire majoritaire de la société, puisqu'il est alors amené à reverser dans les caisses sociales le supplément d'impôt sur les sociétés dû par celle-ci du fait de la réintégration de la partie excessive des rémunérations.

Cette réglementation qui paraît sévère est en pratique insuffisante dans les **sociétés non cotées**. Elle n'interdit pas les rémunérations indirectes (avantages en nature,

1. Pour les rémunérations perçues par le président et les directeurs généraux, v. *infra*, n° 420 et n° 432.

2. Sur l'action de *in rem verso*, *supra*, n° 389.

3. Cf. par ex. Crim. 6 oct. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 133, B. Bouloc. Sur le rôle du commissaire aux comptes, R.M. JO déb. AN 21 mars 1983, p. 1380, *Rev. sociétés* 1983, p. 445.

4. J. Maïa, *Rémunérations et avantages occultes : pas de distributions sans imposition ?*, *RJF* 2/01, p. 395 ; J.-L. Rossignol, *Régime fiscal des « golden parachutes »*, *Dr. fisc.* 2003, n° 15, p. 542 ; P. Serlooten, *Le statut fiscal des dirigeants de sociétés*, Litec 2002.

5. C'est au dirigeant d'apporter la preuve que son travail est effectif (CE 7 nov. 1986, *RJF* 1/87, n° 22) et à l'administration fiscale d'apporter celle du caractère excessif des rémunérations perçues. Pour ce faire, l'Administration opère des comparaisons avec des entreprises similaires ayant des dirigeants dans des situations analogues (CE 21 févr. 1990, *Dr. fisc.* 1990, n° 42, comm. 1905 ; 23 janv. 2002, *Sté Protec*, *Dr. fisc.* 2002, n° 18-19, comm. 382) ; il est également tenu compte des circonstances propres à l'espèce, principalement du rôle particulier qu'a pu jouer le dirigeant en cause dans le développement de l'entreprise (CE 4 nov. 1988, *RJF* 1/89, n° 17 ; 20 oct. 2000, *Comelec*, *RJF* 1/01, n° 58).

6. Pour un exemple, CE 29 déc. 1999, *Sté Agence de Protection et de Sécurité*, *RJF* 2/00, n° 161.

7. Pour un exemple, CE 21 avr. 1989, *Dr. fisc.* 1989, n° 39, comm. 1683. Les distributions irrégulières sont ainsi imposées sur 125 % de leur montant (art. 158-7 CGI).

remboursement de frais fictifs, rémunération à un taux élevé des avances en compte-courant) qui peuvent donner lieu à des abus ¹.

En revanche, dans les sociétés cotées, la création de comités des rémunérations devrait permettre d'éviter les dérives. Les rémunérations des dirigeants français se conforment de plus en plus à un modèle anglo-saxon qui tient lieu de norme internationale ². Ces comités seront évidemment plus crédibles s'ils comportent des administrateurs indépendants. Afin de limiter les abus, le législateur a dû cependant intervenir à plusieurs reprises ³.

390-1 Publicité des rémunérations ◇ La loi de 1966, très révélatrice de la culture française attachée au secret des rémunérations, avait prévu que tout actionnaire avait droit d'obtenir communication du montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, le nombre de ces personnes étant de dix ou de cinq selon que l'effectif du personnel excédait ou non deux cents salariés (art. L. 225-115, 4°). La connaissance de cette enveloppe globale n'est pas très significative ⁴. Sous l'influence des fonds de pension anglo-saxons et de la *corporate governance*, le rapport Viénot II (1999) avait préconisé que le rapport annuel des sociétés cotées comporte un chapitre consacré à l'information des actionnaires sur les rémunérations perçues par les dirigeants et un autre consacré aux stock-options. Les pouvoirs publics, plutôt que de faire confiance à un code de bonne conduite, ont préféré intervenir dans le cadre de la loi NRE, qui a établi le dispositif suivant :

– le rapport du conseil d'administration à l'assemblée annuelle doit rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés ⁵, durant l'exercice, à chaque mandataire social ⁶. Il doit également indiquer le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées ou de la société qui contrôle, au sens de l'article L. 233-16, la société dans laquelle le mandat est exercé (cf. art. L. 225-102-1) ⁷. La

1. V. sur les dispositions de la « loi Breton » du 26 juill. 2005 et de la « loi TEPA » du 21 août 2007, concernant les modalités de départ des dirigeants des sociétés cotées, *infra* n° 400, *in fine*.

2. *Les Échos* 26 mai 1998, p. 45. V. les recommandations de la Communauté européenne sur la rémunération des administrateurs des sociétés cotées, 6 oct. 2004, *JCP E* 2004, 216.

3. V. en dernier lieu, D. 30 mars et 20 avril 2009 sur l'encadrement de la rémunération des dirigeants des entreprises aidées ou accompagnées par l'État, *BRDA* n° 7 – 2009, p. 12 ; V. égal. la création par l'AFEP et le MEDEF d'un Comité des sages compétent en matière de rémunération des dirigeants, *BRDA* n° 10-2009, p. 4.

4. Ce dispositif est toujours en vigueur, n'ayant pas été abrogé par la loi NRE.

5. Sur les difficultés pratiques de mise en œuvre de la réforme, cf. communication ANSA mai 2002, n° 3137 ; *BRDA* 19-2002, p. 5. V. égal. *Bull. COB* avr. 2002, p. 63 et *JCP E* 2002, p. 1114 ; *Bull. CNCC* mars 2002, p. 672 ; D. Vidal, *Dr. sociétés* juill. 2002, Chr. n° 7.

6. Les mandataires sociaux sont, dans la SA classique, le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, les administrateurs ; dans la SA duale, les membres du directoire, le directeur général unique, les membres du conseil de surveillance.

7. Ce rapport doit également indiquer l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun de ces mandataires durant l'exercice (art. L. 225-102-1 al. 3), même s'il s'agit d'une société étrangère (*R.M. JO déb. Sénat* 7 nov. 2002, p. 2664 ; *BRDA* 22-2002, p. 3).

communication englobe donc, outre les versements en espèces, les salaires, les avantages en nature (voiture, logement...). L'ordonnance du 24 juin 2004 a précisé que l'information englobait les attributions de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances (art. L. 225-102-1, al. 1) ¹.

La loi NRE avait exigé cette publicité des rémunérations pour les mandats exercés dans les sociétés, qu'elles soient cotées ou non. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 est venue heureusement décider que ce souci de transparence ne s'appliquait ni aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui ne sont pas contrôlées, au sens de l'article L. 233-16, par une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ni aux mandataires sociaux ne détenant aucun mandat dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (art. L. 225-102-1 *in fine*).

À la suite du départ de certains dirigeants, très chèrement payés par leur société ², la « loi Breton » du 26 juillet 2005 et la « loi TEPA » du 21 août 2007 exigent que plus de précisions soient apportées dans le rapport et tant l'exactitude que la sincérité de ces informations doivent être spécialement attestées par les commissaires aux comptes (art. L. 823-10, al. 2) ³.

Le **rapport de gestion** doit décrire en les distinguant les éléments fixes, variables et exceptionnels comportant ces rémunérations et avantages ainsi que les critères en application desquels ils ont été calculés ou les circonstances en vertu desquelles ils ont été établis. Il indique également les engagements de toutes natures, pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de ces fonctions ⁴ ou postérieurement à celles-ci. L'information donnée à ce titre doit préciser les modalités de détermination de ces engagements.

Hormis les cas de bonne foi, les versements effectués et les engagements pris en méconnaissance de ces dispositions peuvent être annulés (art. L. 225-102-1, al. 3). En outre, si les informations exigées par l'article L. 225-102-1 ne sont pas fournies, la procédure d'injonction est applicable (*id.* al. 6).

– Les actionnaires sont également mieux informés sur les options de souscription ou d'achat d'actions consenties ou levées (**stock-options**). Chaque année, en effet, l'assemblée générale ordinaire doit être informée, dans un **rapport spécial** établi par le conseil d'administration, des plans d'options mis en œuvre. Le rapport, dans un souci de transparence, concerne chacun des mandataires sociaux qui a bénéficié de stock-options

1. F. Martin-Laprade, *La rémunération des dirigeants sociaux au travers d'instruments financiers*, Bull. Joly 2008, p. 542, n° 117.

2. En particulier, celui du PDG de Carrefour au printemps 2005. La retraite complémentaire dont il bénéficiait a finalement été annulée, cf. Paris 7 oct. 2008, Bull. Joly 2008, p. 976, n° 209, D. Schmidt ; JCP E. 2009, 1088, Y. Paclot.

3. C. Malecki, *La loi Breton et les rémunérations des dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence*, Bull. Joly 2005, p. 1194, n° 263.

4. Cette information vise « les parachutes dorés ».

consentis par la société et éventuellement par des sociétés liées à celle-ci, au sens de l'article L. 233-16 (cf. art. L. 225-184).

Cette transparence des rémunérations voulue par le législateur a eu malheureusement un grave **effet pervers** : les dirigeants de sociétés cotées ont en effet souhaité, compte tenu de leur compétence, du poids de leur société... que leurs rémunérations soient calées sur celles de leurs collègues les mieux dotés ! En outre, ils doivent penser que cette publicité a un effet absoluire même lorsque le montant de leur rémunération est très élevé... C'est ainsi que le magazine *L'Expansion* a pu titrer sur une « augmentation de 58 % des revenus des patrons du CAC 40 en 2007 »¹.

390-2 Régime fiscal des jetons de présence² ◇ Fiscalement, le régime des jetons de présence n'est guère favorable. Pour l'administrateur, les jetons ont le caractère de revenu de capitaux mobiliers (art. 117 bis CGI) et donnent lieu à une retenue à la source de 37,1 %³. Par ailleurs, en ce qui concerne l'impôt sur la fortune (ISF), les jetons de présence ne peuvent pas être pris en compte au titre des revenus professionnels permettant un non-assujettissement à cet impôt (art. 885 O bis CGI)⁴.

Pour la société, les jetons de présence représentent certes une charge d'exploitation et, à ce titre, ils sont déductibles pour la détermination de son résultat fiscal, mais seulement dans les limites posées par l'article 210 sexies CGI⁵.

§ 2. Le fonctionnement du conseil d'administration

391 Caractère collégial ◇ Les administrateurs ne peuvent agir individuellement⁶. C'est collectivement qu'ils exercent les fonctions attribuées par la

1. N° 731. L'étude, très détaillée, arrive à ce résultat en cumulant la partie fixe de la rémunération, les bonus, les dividendes, les jetons de présence et les *stock options*. Cependant, il apparaît que l'augmentation serait limitée à 4 % s'il n'avait pas été tenu compte de l'exercice judicieux des *stock options* dans le cadre des plans mis en place ces dernières années (*La Tribune* 28 mai 2008). V. égal. les différents éléments connexes de la rémunération des dirigeants du CAC 40 en 2008, in Rapport Houillon, *Quelle régulation pour la rémunération des dirigeants mandataires sociaux et des opérateurs de marché*, Ass. nat. n° 1798, 7 juill. 2009, p. 103.

2. Pour un résumé du régime fiscal des jetons de présence, R.M. JO AN 24 nov. 1997, p. 4201 ; Dr. fisc. 1998, n° 3, p. 118.

3. Art. 119 bis et 187-1 CGI ; soit un taux de base de 25 % auquel doivent être ajoutés les prélèvements sociaux d'un montant global de 12,1 %.

4. Com. 29 juin 1999, M. de la Motte Bouloumié, Dr. fisc. 2000, n° 10, comm. 191 (ne sont pas retenus au titre des biens professionnels exonérés d'ISF les jetons de présence, ces derniers n'étant pas traités fiscalement comme des revenus mais comme des revenus de capitaux mobiliers).

5. Il convient, au préalable, pour arrêter ces limites, de déterminer la moyenne des rémunérations versées aux 5 ou 10 personnes les mieux rémunérées selon que la société compte moins ou plus de 200 salariés. Il faut ensuite appliquer à cette moyenne établie, multipliée par le nombre d'administrateurs, un coefficient de 5 %. On aboutit ainsi au maximum pouvant être déduit des résultats sociaux.

6. Cf. par ex. Com. 3 oct. 2006, RTD com. 2007, p. 165, P. Le Cannu (déclaration de créance) ; T. com. Paris, 23 oct. 1989 (aff. BUE), Bull. Joly 1990, p. 104, n° 24 ; Rev. dr. bancaire, p. 132, n° 2,

loi au conseil, et le principe délibératif joue un rôle essentiel ¹. Cependant le conseil d'administration n'a pas la personnalité morale ².

Avant de préciser les pouvoirs du conseil (B), il convient d'indiquer les conditions dans lesquelles il se réunit (A), puisqu'il est un organe non permanent.

A. Conditions de réunion du conseil

392 Convocation ◇ Ce sont les statuts qui déterminent les règles relatives à la convocation des administrateurs aux réunions du conseil (art. L. 225-36-1, al. 1^{er}). La convocation doit être adressée dans un délai suffisant pour permettre à l'administrateur d'assister à la séance du conseil ³. La convocation verbale n'est pas irrégulière en soi ⁴, mais, en cas de litige, il sera pratiquement impossible de rapporter la preuve de la réalité de cette convocation ⁵. Les réunions ont lieu en principe au siège social.

La loi NRE et la « loi Breton » du 26 juillet 2005, prenant en compte les progrès des techniques de communication, permettent au **règlement intérieur** du conseil d'administration ⁶ de prévoir, sauf si les statuts l'interdisent, que les administrateurs ont la faculté de participer et de voter aux réunions du conseil par des moyens de **visioconférence ou de télécommunication** (conférence téléphonique, art. L. 225-37, al. 3 ; R. 225-21, R. 225-48) ⁷. Cette nouvelle possibilité est destinée à faciliter la tenue des conseils dans les sociétés importantes où il n'est pas aisé de réunir

M. Jeantin et A. Viandier ; T. com. Nanterre, 12 déc. 1989 (aff. *Régie Renault*), *Gaz. Pal.* 1990, I, p. 171 ; Com. 27 mars 1990 (aff. *Air-Inter*), *Bull. Joly* 1990, p. 530, n° 138, P. Le Cannu. Un administrateur à lui seul n'a pas le pouvoir de déposer le bilan de la société (Paris, 25 oct. 1996, *Dr. sociétés* 1998, n° 5, Y. Chaput), mais il peut le faire s'il a reçu une délégation du conseil d'administration (Paris 31 janv. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 9, J. P. Legros).

1. M. Gourlay a particulièrement insisté dans sa thèse sur l'importance du principe délibératif qui donne au conseil d'administration toute son originalité, *op. cit.*, n°s 256 et s. Cf. égal. Paris 18 mars 1959, *Gaz. Pal.* 1959, II, p. 6, concl. Lambert ; Com. 2 juill. 1985 et 24 avr. 1990 (aff. *Cointreau*) *supra*, n° 388.

2. Cf. Nancy, 19 juill. 1946, *D.* 1947, p. 525, A. Chéron. L'article 106, 3° de la loi NRE du 15 mai 2001 avait accordé implicitement la personnalité morale au conseil d'administration en conférant à son président le pouvoir de le représenter (ex art. L. 225-51, al. 1^{er}). L'art. 117-1 de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a supprimé cette bévue.

3. Com. 7 mai 1973, *Bull. civ.* IV, n° 166, p. 144 ; *RTD com.* 1973, p. 569, n° 7, R. Houin ; T. com. Paris, 5 mars 1982, *JCP* 1983, II, 19982, A. Viandier ; Paris 21 févr. 2003, *JCP E* 2003, panor. p. 835, n° 736.

4. Paris, 4 oct. 1991, *RJDA* 1991, n° 1036, p. 870.

5. Paris, 22 mars 1977, *D.* 1978, p. 157, P.G. Gourlay ; *RJ com.* 1978, 375, Ph. Merle ; 1978, II, 18923, J. Cl. Bousquet. Sur les difficultés soulevées par une convocation adressée par lettre simple, Colmar, 6 juin 1975, *Bull. Joly* 1976, p. 240, n° 153.

6. A. Viandier, *Le règlement intérieur du conseil d'administration des sociétés cotées*, *RJDA* 2003, p. 1003 ; Th. Bonneau, *Dr. sociétés* 2001, n° 173 ; D. Mielliet, *JCP E* 2006, 2243.

7. Cf. sur ces dispositions, P. Le Cannu, *RTD com.* 2005, p. 761 ; H. Lécuyer, *Jcl. Communication, commerce électronique*, oct. 2005, p. 36 ; C. Cathiard, *JCP E* 2007, 1660. Les moyens utilisés doivent transmettre au moins la voix des participants et satisfaire à des caractéristiques techniques permettant la retransmission continue et simultanée des délibérations (art. R. 225-21).

rapidement les administrateurs, qui sont de plus en plus souvent étrangers. Elle devrait également réduire le nombre de réunions qui ne se tiennent que sur le papier... Le législateur a cependant posé une limite à l'utilisation de la visioconférence et de la conférence téléphonique : elle n'est pas admise pour les délibérations qui concernent l'arrêté des comptes sociaux et consolidés ainsi que l'établissement du rapport de gestion de la société et celui du groupe. Pour ces votes, la réunion physique des administrateurs est exigée ¹.

Le conseil est normalement *convoqué par son président*, qui fixe l'ordre du jour ². Cependant, s'il n'y a pas eu de réunion depuis plus de deux mois, le tiers des membres du conseil d'administration peut demander au président de convoquer celui-ci sur un ordre du jour déterminé ³. En cas de dissociation des fonctions de président et de directeur général, ce dernier peut former la même demande. Dans ces deux cas, le président ne peut que s'exécuter (art. L. 225-36-1, al. 2 à 4).

En pratique, la fréquence des réunions est très variable. Dans les petites sociétés anonymes où le conseil n'a souvent qu'un rôle symbolique, il est réuni seulement une fois, avant l'assemblée générale ordinaire annuelle, par nécessité légale (art. L. 225-100, al. 2 et L. 225-238). Dans les sociétés du CAC 40, sous l'influence du gouvernement d'entreprise, le rythme moyen est passé de 7,1 réunions en 2004 à 8,9 en 2006, le taux moyen de participation des administrateurs s'élevant à 87 % ⁴. Les réunions durent environ trois heures chacune (*Étude Korn Ferry International*).

En plus des administrateurs doivent être convoqués *deux membres du comité d'entreprise* ⁵, délégués par le comité et appartenant l'un à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à la catégorie des employés et ouvriers. Ils assistent, mais *seulement avec voix consultative* à toutes les séances du conseil d'administration (art. L. 2323-62 C. trav.).

1. Les statuts peuvent toujours limiter la nature des décisions pouvant être prises lors d'une réunion tenue dans ces conditions et prévoir un droit d'opposition au profit d'un nombre déterminé d'administrateurs. Sur la situation avant la loi Breton, V. de Brosse et J. Haelling, *L'utilisation des moyens de télécommunication aux conseils et assemblées générales des sociétés anonymes*, *Bull. Joly* 2002, p. 1089, n° 242 ; B. Saintourens, in *Rev. sociétés* 2002, p. 430 ; A. Lienhard, *D.* 2002, p. 1649.

2. Certaines décisions considèrent qu'en l'absence de dispositions statutaires, le conseil d'administration peut valablement examiner d'autres questions que celles figurant à l'ordre du jour, Paris 12 janv. 2006, *RJDA*, 2006, n° 549, p. 493. Comp. H. Dubout, *De la nécessité d'un ordre du jour préalable dans les réunions du conseil d'administration de la société anonyme*, *Bull. Joly* 1994, p. 1286, n° 358. Sur les questions diverses, *Com.* 3 mai 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 110, *D. Vidal* ; *Bull. Joly* 2000, p. 821, n° 198, P. Le Cannu.

3. Le règlement intérieur peut également prévoir des règles de convocation particulières, par ex. à la demande d'un certain nombre d'administrateurs, Paris 31 août 2006 (*Gaz de France*) *BRDA* n° 24-2006, p. 3.

4. Selon l'AFEP, rapport préc. p. 10.

5. Sur les cas dans lesquels la délégation du personnel est portée à quatre membres, cf. art. L. 2323-62 à 66 C. trav. Des comités d'entreprise doivent être constitués dans toutes les entreprises employant au moins cinquante salariés pendant douze mois, consécutifs ou non, au cours des trois années précédentes. Dans les entreprises employant moins de cinquante salariés, des comités d'entreprise peuvent être créés par convention ou accord collectif de travail (art. L. 2322-2 et 2322-3 C. trav.).

Le défaut de convocation des délégués du comité d'entreprise n'entraîne plus la nullité des délibérations du conseil, mais les dirigeants sociaux peuvent être poursuivis pénalement pour délit d'entrave (art. L. 2328-1 C. trav.).

Avant 1966, la nullité ne faisait aucun doute ¹. Actuellement, une telle annulation ne peut être prononcée, en dehors de l'hypothèse de fraude, sur le fondement de l'article L. 235-1, al. 2, puisque l'article L. 2323-62 à 66 du Code du travail ne constitue ni une disposition impérative du livre II du Code de commerce ni une disposition impérative régissant les contrats ². La solution est regrettable.

Les délégués du comité d'entreprise ont droit aux mêmes documents que ceux adressés ou remis aux administrateurs à l'occasion de leurs réunions. En outre, ils peuvent soumettre les vœux du comité au conseil d'administration, lequel doit donner un avis motivé sur ces vœux (art. L. 2323-63 C. trav.) ³.

Quant aux *commissaires aux comptes*, ils ne sont obligatoirement convoqués qu'aux réunions du conseil d'administration qui examinent ou arrêtent des comptes annuels ou intermédiaires (art. L. 823-17) ⁴. Pour les autres réunions, leur convocation n'est que facultative (art. R. 823-9, al. 2).

Selon l'usage, participent également aux réunions du conseil d'administration, les directeurs généraux s'ils ne sont pas administrateurs, et un secrétaire de séance chargé de la rédaction du procès-verbal ⁵.

Lorsque l'on est en présence d'une présidence dissociée (*infra*, n° 417 s.) il est pour le moins curieux que la loi NRE n'ait pas prévu la convocation obligatoire du directeur général aux réunions du conseil d'administration, s'il n'a pas la qualité d'administrateur !

393 Délibérations ◇ Le conseil d'administration ne peut délibérer valablement que si la moitié au moins de ses membres est présente ⁶, et toute clause contraire serait réputée non écrite (art. L. 225-37, al. 1^{er}). Autrement dit, pour le calcul du **quorum**, il n'est pas tenu compte des administrateurs représentés.

1. Com. 17 févr. 1975, *D.* 1975, p. 466, J. Cl. Bousquet ; *JCP* 1975, II, 18105, J. Savatier.

2. Soc. 26 mai 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 264, n° 46, P. Le Cannu.

3. Sur la présence au conseil d'administrateurs représentant les salariés, cf. *supra*, n° 382 et *infra*, n° 447.

4. La convocation doit être adressée aux commissaires aux comptes, en même temps que la convocation des administrateurs (art. R. 823-9, al. 1), et par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (al. 4). La télécopie ne peut pas être utilisée (R.M. JO déb. AN 23 juill. 1990, p. 3544).

5. Sur la présence éventuelle des censeurs, *infra*, n° 436.

6. Si le conseil se tient par visioconférence ou conférence téléphonique, les administrateurs qui y participent sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité (art. L. 225-37, al. 3).

Un administrateur qui serait dans l'impossibilité de participer au conseil peut donner mandat par écrit, à un autre administrateur de le représenter ¹, sauf clause contraire des statuts (art. R. 225-19, al. 1). Pour éviter les cumuls abusifs, chaque administrateur ne peut disposer, au cours d'une même séance, que d'une seule procuration (art. R. 225-19, al. 2).

Le vote se fait par tête, et à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés (art. L. 225-37, al. 2) ². En cas de partage des voix, la voix du président de séance, en principe le président du conseil d'administration, est prépondérante, sauf disposition contraire des statuts (al. 3).

La loi ne prévoit expressément qu'un seul cas dans lequel un administrateur ne peut prendre part au vote : lorsqu'il sollicite l'autorisation du conseil pour une convention à passer avec la société, lorsqu'il y est intéressé (art. L. 225-40, al. 1^{er}) ³.

Rien n'est indiqué dans le Code de commerce sur les **conventions de vote**, qui sont fréquentes entre administrateurs, tout particulièrement dans les filiales communes ⁴, et qui peuvent concerner la nomination du président, du directeur général, la cooptation d'administrateurs ou porter plus généralement sur l'administration sociale. Si elles peuvent être utiles, en permettant un contrôle égalitaire, elles heurtent directement le principe délibératif, qui implique que les décisions sont prises en commun après discussion. La jurisprudence est partagée ⁵. Peut-être pourrait-on admettre leur validité lorsqu'il s'agit de l'organisation et de la composition du conseil. En revanche, lorsque le conseil doit assurer la gestion sociale, le principe délibératif devrait jouer à plein ⁶.

Les délibérations du conseil d'administration sont constatées sur des procès-verbaux établis sur un registre spécial (art. R. 225-22) ⁷.

1. T. com. Toulouse, (ord. réf.) 12 août 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 169, n° 41, S. Ruff et J.-F. Barbiéri.

2. Pour le calcul de la majorité, les abstentions et les votes blancs équivalent à un vote défavorable, Douai, 17 nov. 1994, *JCP E* 1995, I, 475 n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1995, p. 671, n° 232, B. Saintourens.

3. Certains en concluent, qu'en l'absence d'une volonté expresse du législateur privant l'administrateur intéressé de son droit de vote, ce dernier peut valablement s'exercer en toutes circonstances (B. Oppetit sous Com. 24 févr. 1975, *Rev. sociétés* 1976, p. 92). V. cependant Y. Guyon, n° 336.

4. J.-P. Brill, *La filiale commune*, th. Strasbourg 1975 ; M. Jeantin, *La filiale commune*, th. Tours 1975.

5. V. son analyse par P.G. Gourlay, *op. cit.* n° 365 et s. Adde T. com. Paris, 1^{er} août 1974, *Rev. sociétés* 1974, 685, B. Oppetit, qui dans le litige opposant *Schneider à Marine-Firminy* à propos de leur filiale *Creusot-Loire* n'a pas condamné la convention de vote. Mais comme le souligne l'annotateur, « c'est certainement leur contexte (la filiale commune) et leur finalité (permettre un contrôle égalitaire) qui légitiment ces clauses aux yeux du Tribunal ».

6. V. les propositions de P.G. Gourlay, *op. cit.*, n°s 395 et s.

7. Sur le registre de présence, cf. art. R. 225-20 et R.M. JO *déb. Sénat* 24 sept. 1987, p. 1517 ; *JCP E* 1987, II, 16959, n° 16, A. Viandier et J.-J. Caussain ; sur la force probante des P. V., Civ. 1^{re}, 8 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1254, n° 255, A. Constantin ; *RTD com.* 2004, p. 546, P. Le Cannu ; Com. 23 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1401, n° 277, L. Grosclaude ; Com. 16 nov. 2004, *Dr. sociétés* 2005, n° 49, H. Hovasse ; Crim. 29 oct. 1979, D. 1980, IR 443 (infraction de faux).

Le **procès-verbal** indique le nom des personnes présentes, excusées ou absentes (art. R. 225-23), ce qui permet de vérifier la condition de quorum. Il contient également un résumé des débats, les résolutions soumises au conseil et le résultat des votes. Avec le développement de la visioconférence, la question ne manquera pas de se poser de l'utilisation en justice des enregistrements réalisés.

Le fait de ne pas constater les délibérations du conseil par un procès-verbal n'est plus sanctionné pénalement. Toutefois, une action en nullité des délibérations peut être exercée (cf. art. L. 235-14). Mais une régularisation est possible (art. L. 235-4 et L. 235-5) et tout intéressé peut aussi demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au président du conseil d'administration de transcrire les P.V. des réunions sur le registre spécial tenu au siège (art. L. 238-4).

Lorsqu'un administrateur s'oppose à une décision, il a tout intérêt à faire consigner son opposition ainsi que ses motifs pour se dégager d'une éventuelle responsabilité.

Toutes les personnes ayant assisté aux réunions du conseil d'administration, même les délégués du comité d'entreprise ¹, sont tenues à une **obligation de discrétion** à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le président du conseil (art. L. 225-37, al. 5). Le non-respect de cette obligation n'est cependant pas sanctionné pénalement : il n'y a pas violation d'un secret professionnel (art. 226-13 C. pén.) ; seule une action en responsabilité civile serait possible.

Le président du conseil d'administration, dans les sociétés faisant une offre au public doit rendre compte, dans un rapport joint au rapport annuel de gestion présenté à l'assemblée des actionnaires, des conditions de **préparation et d'organisation des travaux** du conseil ainsi que des procédures de **contrôle interne et de gestion des risques** ² mises en place par la société. Ce rapport doit également indiquer les éventuelles limitations que le conseil apporte aux pouvoirs du directeur général (art. L. 225-37, al. 6). Le commissaire aux comptes doit lui-même présenter dans un rapport ses observations sur le rapport du président pour les procédures de contrôle interne relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière (art. L. 225-235 nouv.) ³. En outre, lorsqu'une société se réfère volontairement à un **code de gouvernement d'entreprise** élaboré par les organisations représentatives des entreprises ⁴, le rapport du président pré-

1. A. Teissier, *L'obligation de confidentialité des délégués du comité d'entreprise auprès de l'organe de direction*, JCP E 2003, n° 662 ; J. K. Adom, *Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise*, Bull. Joly 2003, p. 113, n° 27 ; Com. 29 janv. 2008 (aff. GDF), Rev. sociétés 2008, p. 363, J. P. Mattout.

2. Cf. sur ce rapport, D. Schmidt in *Mélanges Ph. Simler*, Litec-Dalloz, 2006 ; G. Baranger, Bull. Joly 2004, p. 109, n° 27 ; H. Huguet, JCP E 2004, 733 et V. Médail, *op. cit.* 734. Sur le périmètre du rapport, R. M. JO déb. Sénat 21 avr. 2005, p. 1154 (sociétés têtes de groupe).

3. M. Petitjean, *Le rapport du commissaire aux comptes sur le contrôle interne*, JCP E 2004, 781. Cf. A. 20 mai 2009 homologuant la NEP relative au rapport du commissaire aux comptes.

4. Sont visés l'AFEP et le MEDEF. Cf. B. Fages, *Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise*, Bull. Joly 2009, p. 428, n° 84.

cise les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été (art. L. 225-37, al. 7) ¹.

Si une société ne se réfère pas à un tel code, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise (« *comply or explain* »). Le rapport précise aussi les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale ou renvoie aux dispositions des statuts qui prévoient ces modalités. Le rapport présente en outre les principes et les règles arrêtés par le conseil d'administration pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux et il mentionne la publication des informations prévues par l'article L. 225-100-3 (al. 7 et ss.).

Le rapport du président doit être approuvé par le conseil d'administration et rendu public (art. L. 225-37, al. 10).

394 Sanction des irrégularités ² ◇ En application du droit commun des nullités, régi par l'article L. 235-1 al. 2 toute violation d'une *disposition impérative* du livre II du Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats, entraîne l'annulation des décisions (actes et délibérations) prises par le conseil d'administration (v. *infra*, n° 486).

Ainsi en est-il pour une réunion tenue en l'absence de quorum ³ ou pour le cas où un administrateur n'aurait pas reçu au préalable et dans un délai suffisant l'information à laquelle il a droit ⁴.

La jurisprudence prononce également des nullités pour *fraude* ou *abus de droit* ⁵. C'est le plus souvent le cas lorsque les décisions du conseil sont prises

1. V. Magnier, *Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe l'œil ?* JCP E 2008, Act. 280.

2. Cf. J.-P. Legros, *La nullité des décisions de sociétés*, Rev. sociétés 1991, 275.

3. Com. 7 juill. 1981, Bull. Joly 1981, p. 818, n° 398 ; T. com. Paris, 5 mars 1982, JCP 1983, II, 19882, A. Viandier (infirmé par Paris, 30 juin 1983, Bull. Joly 1983, p. 923, n° 387, sur le caractère abusif de la révocation d'un administrateur).

4. Com. 13 déc. 2005, Bull. Joly 2006, p. 642, n° 133, L. Grosclaude ; Th. Léobon, *L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilités*, Bull. Joly 2006, p. 168, n° 31. V. auparavant, Com. 2 juill. 1985, aff. Cointreau, préc. supra, n° 388, D. 1986, p. 351, Y. Loussouarn, JCP 1985, II, 20518, A. Viandier ; Rev. sociétés 1986, p. 231, P. Le Cannu ; Defrénois 1986, art. 33713, p. 600, n° 3, J. Honorat ; D. 1987, somm. 32, J. Cl. Bousquet. V. dans la même affaire Com. 24 avr. 1990, Bull. Joly 1990, p. 511, n° 134, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1991, 347, P. Didier ; JCP E 1991, II, 122, M. Jeantin ; RTD com. 1990, p. 416, n° 4, Y. Reinhard. Cet arrêt avait cassé Paris, 22 juin 1988, Bull. Joly 1988, p. 771, n° 245, crit. P. Le Cannu, qui avait admis la théorie du « vote efficace ». Rapp. sur une demande de report pour défaut d'information, Paris, 16 déc. 1991, Gaz. Pal. 9 juin 1992, concl. B. Delafaye.

5. Par ex. Paris, 30 mars 1977, Rev. sociétés 1977, 470, J. Hémard, annulant comme abusive la décision du conseil d'augmenter la rémunération de son président, exagérée tant dans son montant que du fait de sa rétroactivité, alors que la situation financière de la société était désastreuse ; Versailles, 29 juin 2000, Bull. Joly 2000, p. 1149, n° 285, P. Le Cannu ; Dr. sociétés 2000, n° 180, D. Vidal (réunion précipitée, agrément frauduleux).

à la suite de manœuvres visant à empêcher un administrateur d'assister à la réunion du conseil ¹. Par la suite, l'assemblée générale qui se sera tenue sur convocation d'un conseil d'administration irrégulier, pourra à son tour être annulée ².

B. Pouvoirs du conseil d'administration

395 **Évolution** ³ ◇ Dans la loi de 1867, les administrateurs, mandataires des actionnaires, n'avaient que des *pouvoirs délégués*. Avec l'instauration du conseil d'administration en 1940 (*supra*, n° 372), on continue d'énumérer dans les statuts les attributions qui étaient dévolues au collège des administrateurs. Mais peu à peu l'idée de délégation fut abandonnée ⁴ et l'on reconnut au conseil d'administration des *pouvoirs propres*, dans un ensemble d'organes hiérarchisés. Cette consécration fut prononcée par la Cour de cassation, le 4 juin 1946, dans une des décisions les plus importantes du droit des sociétés anonymes, l'arrêt *Motte* ⁵. La solution a été reprise par la loi du 24 juillet 1966 (art. 98), ce qui a rendu inutile l'énumération, dans les statuts, des pouvoirs du conseil.

À l'époque, le conseil a été doté d'attributions particulières qui lui ont été spécialement réservées par la loi, et on lui a reconnu un pouvoir général d'administration, puisqu'il a été « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société » (art. L. 98 al. 1). Cette définition des pouvoirs du conseil n'était cependant pas satisfaisante : d'une part, le conseil d'administration n'agit pas, il délibère et prend des décisions ⁶ ; d'autre part, ce pouvoir général reconnu au conseil chevauchait en partie celui qui est dévolu au Président-directeur général, puisque lui-même est « investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société » (art. 113 L. 1966, *infra*, n° 424). Une redéfinition des pouvoirs généraux du conseil d'administration s'imposait. La loi relative aux

1. Cf. T. com. Paris, 5 mars 1982, préc., à propos de la convocation tardive d'un administrateur, que le président souhaitait « expulser » du conseil, pour une réunion se tenant exceptionnellement à Dublin. Com. 7 mai 1973, *Rev. sociétés* 1974, 534, 1^{re} esp., M. Guilberteau (lettre de convocation envoyée de telle sorte qu'elle ne pouvait parvenir avant la réunion). V. n°s obs. in *RJ com.* 1978, p. 381, sous Paris, 22 mars 1977, préc. ; voyez pour l'annulation d'un conseil convoqué verbalement vu l'urgence, mais auquel un administrateur n'avait pas été convié, Nancy, 26 juill. 1989, inédit (aff. *L'Est Républicain*).

2. Cf. Com. 23 oct. 1979, *Rev. sociétés* 1980, p. 91.

3. Ph. Bissara, *Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 115 ; J. Stoufflet, *Les pouvoirs du conseil d'administration de la SA française*, in *Liber amicorum*, Commission Droit des Affaires, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 407.

4. G. Ripert et R. Roblot, n° 1293-1.

5. J. Noirel, in *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, t. 1, 2^e éd. 1976, n° 69, p. 297.V. également sous cet arrêt D. Bastian, *JCP* 1947, II, 3518 ; P. Barbry, *S.* 1947, I, 153.

6. Voyez également G. Ripert et R. Roblot, n° 1293, et rapport de la Commission d'allègement du droit des sociétés, qui suggérait que le conseil ait pour attribution de « définir les orientations principales » de la société (proposition n° 37).

nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 s'y est attelée, avec plus ou moins de bonheur (art. L. 225-35) ¹. Il convient donc d'envisager successivement les attributions particulières du conseil, qui n'ont pas été bouleversées par la loi NRE (a) et son nouveau pouvoir général d'orientation, d'évocation et de surveillance, qui tend à permettre un meilleur équilibre des pouvoirs au sein de la SA de type classique (b).

a. Attributions particulières

396 Diversité des pouvoirs spéciaux ♦ Les pouvoirs réservés spécialement par la loi au conseil d'administration sont multiples. On peut toutefois les regrouper en trois catégories :

– Tantôt le conseil a compétence dans la **mise en place des organes sociaux** : c'est lui qui nomme, révoque le président, et fixe sa rémunération (art. L. 225-47, *infra*, n^{os} 418 s.). C'est également lui qui nomme, révoque le directeur général, et décide si celui-ci cumulera ses fonctions avec celle de président (art. L. 225-51-1 ; *infra*, n^o 430 s.). Sur proposition du directeur général, le conseil peut aussi nommer un ou plusieurs directeurs généraux délégués. Il détermine, en accord avec le directeur général, l'étendue et la durée des pouvoirs qui leur sont conférés (art. L. 225-56-1). Le conseil détermine la rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués (art. L. 225-53, al. 3).

Il peut coopter des administrateurs (art. L. 225-24, *supra*, n^o 383), déléguer un administrateur dans les fonctions de président et fixer sa rémunération (art. L. 225-50 et R. 225-34, *infra*, n^o 435). Il peut aussi conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, des mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés (art. R. 225-29, al. 1) ² ; décider la création de comités d'études (al. 2, *infra*, n^o 436) et déterminer la rémunération des membres non administrateurs (art. R. 225-34). On sait (*supra*, n^o 390) que c'est également le conseil qui décide de la répartition entre ses membres des jetons de présence (art. L. 225-45), et peut leur allouer des rémunérations exceptionnelles (art. L. 225-46).

Pour faciliter le fonctionnement de ces organes, le conseil d'administration peut également déplacer le siège social dans le même département ou dans un département limitrophe, sous réserve de ratification

1. S. de Vendeuil, *NRE et nouveaux pouvoirs du Conseil d'administration*, JCP E 2001, p. 1266.

2. V. sur la délégation de pouvoir consentie par un conseil d'administration à un salarié pour qu'il exerce des actions judiciaires au nom de la société, Com. 18 oct. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 53, Y. Chartier ; *Dr. sociétés* 1994, n^o 206, H. Le Nabasque ; *RTD com.* 1995, p. 438, B. Petit et Y. Reinhard. Sur le sort d'une subdélégation de pouvoir en cas de cessation des fonctions du subdélégant, Com. 8 juill. 2008, *BRDA* n^o 14-2008, p. 2. Sur la prise en compte par le juge fiscal d'une telle délégation, TA Paris 11 janv. 2005, *Sté Cogefal*, *Dr. fisc.* 2005, n^o 42, comm. 708 (validité du mandat donné au chef comptable par le PDG d'une SA après que ce dernier ait quitté ses fonctions).

de cette décision par la prochaine assemblée générale ordinaire (art. L. 225-36) ¹.

Curieusement, la loi n'indique pas quel est, dans ce cas, l'organe compétent pour modifier les statuts. L'hésitation est permise entre l'assemblée générale extraordinaire (application du droit commun), l'assemblée générale ordinaire (chargée spécialement de la ratification), voire le conseil lui-même (habilité à prendre la décision). Rien n'est précisé non plus sur le moment à partir duquel les formalités de publicité du transfert peuvent être effectuées au greffe du tribunal de commerce ².

Il conviendrait donc que la loi autorise le conseil d'administration à assurer lui-même l'exécution de la décision de transfert du siège social qu'il a prise. Actuellement, seule une réponse ministérielle le permet ³.

– Tantôt, il est habilité à prendre **les mesures nécessaires au bon fonctionnement des assemblées d'actionnaires**. C'est ainsi qu'il convoque les assemblées générales (art. L. 225-103, *infra*, n° 461) et fixe leur ordre du jour (art. L. 225-105, *infra*, n° 465). C'est lui qui établit à la clôture de chaque exercice les comptes annuels (art. L. 232-1, *infra*, n° 543), présente à l'assemblée générale ordinaire annuelle un rapport sur la marche des affaires sociales au cours de l'exercice écoulé ⁴ et propose l'affectation du résultat (*infra*, n°s 545 s.). Il doit également présenter un rapport sur les rémunérations et les avantages de toute nature versés à chaque mandataire social des sociétés cotées (*supra*, n° 390-1). Dans ces sociétés, il doit également donner dans ce rapport des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité (art. L. 225-102-1, al. 4). Enfin, il doit établir, pour l'assemblée annuelle, un rapport spécial informant les actionnaires des opérations relatives aux *stock-options* touchant les mandataires sociaux et les dix salariés – non mandataires – bénéficiant du traitement le plus avantageux (art. L. 225-184). Dès lors qu'une décision importante concernant la vie sociale doit être prise par une assemblée, le conseil doit établir un rapport spécial.

Ainsi en est-il en cas d'augmentation de capital (art. L. 225-129, *infra*, n° 554) ; de suppression du droit préférentiel de souscription (art. L. 225-135, *infra*, n° 559) ; d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital (art. L. 228-92 ; *supra*, n° 349).

– Tantôt enfin, le conseil doit intervenir pour **donner des autorisations**, qui concernent soit les cautions, avals et garanties accordés par la société (art. L. 225-35, al. 4, *infra*, n° 397), soit les conventions intervenant entre

1. Le PDG qui transférerait seul le siège social, en violation du pouvoir propre reconnu au conseil d'administration par l'art. L. 225-36, commettrait une faute grave engageant sa responsabilité et motivant sa révocation par le conseil, Paris, 16 mai 1978, *Rev. sociétés* 1979, 72, J. Guyénot ; Paris, 28 avr. 1983, *JCP E* 1986, 14646, A. Viandier.

2. Cf. R.M. JO déb. AN 28 juill. 1980, p. 3311 ; *Rev. sociétés* 1980, p. 860.

3. R.M. JO déb. AN 1^{er} févr. 1988, p. 489 ; *Bull. Joly* 1988, p. 211, n° 51.

4. Les conseils d'administration des sociétés anonymes importantes, dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises (L. 1^{er} mars 1984) doivent également établir des documents de gestion prévisionnelle et les analyser dans un rapport (art. L. 232-2, L. 232-3).

la société et l'un de ses dirigeants ou actionnaires disposant de plus de 10 % des droits de vote (cf. art. L. 225-38 ; *infra*, n^{os} 398 s.).

397 Cautions, avals, garanties ¹ ◇ Selon l'article L. 225-35, al. 4, les cautions ², avals ³ et garanties ⁴ donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers ⁵ doivent faire l'objet d'une **autorisation préalable du conseil**. Ces actes, réputés dangereux, ne peuvent donc être passés ni par le président seul ni par le directeur général. Ce dernier subit ainsi une limitation importante à son pouvoir légal d'engager la société ⁶.

La pratique a développé depuis quelques années l'usage des **lettres d'intention** ⁷ (ou encore lettres de confort, lettres de patronage). Fréquentes dans les groupes de sociétés (*infra*, n^o 665), elles peuvent aller, en fonction de la rédaction adoptée, du simple engagement moral jusqu'à la véritable obligation juridique, qui peut être soit

1. Ph. Schultz, *Les dispositions spécifiques relatives aux garanties consenties par les sociétés au profit de tiers*, Thèse dactyl. Strasbourg III, 1999 ; R. Roblot, *Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants*, in *Mélanges J. Derruppé*, 1991, p. 343. B. Bouloc, *Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société*, *Rev. sociétés*, 1992, p. 1 ; J.-F. Barbiéri, *Cautionnement et sociétés : dix ans de jurisprudence*, *Petites Affiches* 26 et 28 févr. 1992 ; R. Besnard-Goudet, *Les cautions, avals et garanties donnés par une société en faveur d'un tiers*, *JCP E* 2004, 149 ; B. Dondero, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, *D.* 2004, p. 485.

2. Le cautionnement donné pour l'achat d'un véhicule ne vaut pas pour un crédit-bail, *Com.* 22 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1007, n^o 231, J. F. Barbiéri ; *RTD com.* 2001, p. 932, J. P. Chazal et Y. Reinhard.

3. Paris, 13 févr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 405, n^o 132, Ph. Delebecque.

4. Ph. Simler, *Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie ?* *Rev. dr. bancaire* n^o 64-1997, p. 223 ; *Com.* 13 déc. 2005, *JCP E* 2006, 1342, P. Grosser ; *Bull. Joly* 2006, p. 482, n^o 95, J. F. Barbiéri ; Paris 4 nov. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 376, n^o 74, J. F. Barbiéri (la promesse de porte-fort est une garantie) ; *Com.* 26 janv. 1993 *Bull. Joly* 1993, p. 569, n^o 159, Ph. Delebecque ; *Dr. sociétés* 1993, n^o 99, H. Le Nabasque (notion de garantie) ; *Com.* 18 mars 1997, *Rev. sociétés* 1998, p. 79, Ph. Delebecque ; (une promesse de rachat donnée par un concédant n'est pas une garantie) ; *Bull. Joly* 1997, p. 566, n^o 224, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1997, n^o 90, Th. Bonneau ; *JCP E* 1997, II, 970, V. Grellière ; *Com.* 24 juin 2003, *D.* 2003, p. 1839 ; *Bull. Joly* 2004, p. 1030, n^o 218, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2004, n^o 73, F. G. Trébulle (un engagement de substitution de caution est une garantie) ; Lyon, 5 nov. 1999, *RTD com.* 2001, p. 142, J.-P. Chazal et Y. Reinhard (porte-fort) ; Lyon, 28 févr. 1997, *RTD com.* 1998, p. 177, B. Petit et Y. Reinhard (nantissement d'actions) ; Paris 4 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 294, n^o 62, N. Rontchevsky (notion large de garantie ; crédit-bail immobilier)

5. Paris, 11 janv. 2000, *Dr. sociétés* 2000, n^o 125, D. Vidal.

6. Cf. C. Prieto, *La société contractante*, PU Aix-Marseille, 1994, préf. J. Mestre. V. *infra*, n^o 424. Cf. sur l'inopposabilité d'un cautionnement donné par un administrateur sans pouvoirs, Versailles, 20 déc. 1988, *JCP* 1989, II, 21305, P. Estoup.

7. X. Barré, *La lettre d'intention (technique contractuelle et pratique bancaire)* *Economica* 1996, préf. C. Gavalda ; *Lettres d'intention. De l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé*, Dossier *Dr. et patr.* janv. 1999, p. 45 ; D. Mazeaud, *Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire, la lettre d'intention* in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 341 ; M. Pariente, *Les lettres d'intention*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 861 ; Y. Piette, *Mystères et paradoxes des lettres de confort*, *Bull. Joly* 2003, p. 528, n^o 108..

une obligation de moyens¹, soit une obligation de résultat². Après quelques hésitations, la Cour de cassation a décidé que lorsqu'une société mère « s'engage à faire le nécessaire » pour que sa filiale dispose d'une trésorerie suffisante ou « s'engage à veiller au bon déroulement de l'opération » on était en présence d'une obligation de résultat³. C'est de la qualification retenue que dépendait l'application ou non de l'article L. 225-35, alinéa 4, texte que certains aimeraient voir supprimé⁴.

La question a rebondi avec l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant les sûretés. Désormais, le Code civil qualifie expressément de **sûreté personnelle** la lettre d'intention (art. 2287-1) et cette dernière est définie comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier » (art. 2322). Certains en déduisent que toute lettre d'intention, dès lors qu'elle renferme un engagement ayant valeur juridique, mais sans que cet engagement soit celui de payer la dette du débiteur ou de se substituer à lui, qui vaudrait cautionnement, constitue désormais une garantie au sens de l'article L. 225-35⁵.

L'autorisation n'est exigée **que pour garantir les engagements pris par des tiers** (une société du groupe, un partenaire contractuel) et non ceux afférents aux engagements propres de la société (hypothèque que la société consent pour sa propre dette)⁶. Les *conditions d'octroi* de l'autorisation sont fixées par le décret (art. R. 225-28)⁷ : le conseil d'administration peut, *dans la limite d'un montant total* qu'il fixe, autoriser le directeur général à donner des cautions, avals ou garanties au nom de la société⁸. Cette autorisation peut également fixer, *par engagement*, un montant au-delà duquel la caution,

1. Par ex. Com. 18 mai 2005, *RJDA* 2005, p. 838, n° 983.

2. Par ex. Com. 19 avr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1223, n° 270, J. F. Barbiéri.

3. Com. 9 juill. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1175, n° 251, J. F. Barbiéri ; *Rev. sociétés* 2003, p. 124, E. Brocard ; *Dr. sociétés* 2002, n° 188, Th. Bonneau.

4. V. par ex. D. Legeais sous Com. 4 mai 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 974, n° 228 ; B. Petit et Y. Reinhard sous Lyon, 13 nov. 1996, *RTD com.* 1998, p. 176 ; R. Micha-Goudet, *Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, *JCP E* 1998, p. 840 ; J. Mestre in *RTD civ.* 1989, p. 301, n° 5 ; G. Legros, *Petites Affiches* 20 déc. 1999, p. 9.

5. En ce sens, Ph. Simler, *RJDA* 2008, p. 739 ; comp. P. Le Cannu, *RTD com.* 2006, p. 421 ; J. Stoufflet, *Rev. sociétés* 2006, p. 473. Cf. égal. S. Jambort, *Les lettres d'intention sont-elles mortes ?* *Bull. Joly* 2007, p. 669, n° 184.

6. Dijon 23 avr. 2004, *RJDA* 2004, p. 1098, n° 1228 (pas d'autorisation pour une garantie donnée à une succursale). Com. 4 mai 1999, préc., *JCP E* 2000, p. 31, A. Viandier et J.-J. Caussain ; R.M. JO déb. AN 3 déc. 1970, p. 6095 ; *Rev. sociétés* 1971, p. 109. Cf. J.-P. Langlade, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, *RTD com.* 1979, 355.

7. Sur la forme de l'autorisation du conseil d'administration, Com. 23 mars 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 122, H. Le Nabasque ; Com. 13 févr. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 86, D. Vidal ; *D. aff.* 2001, p. 863, A. Lienhard ; *RTD com.* 2001, p. 455, Cl. Champaux et D. Danet ; p. 466, J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *Rép. Defrénois* 2001, art. 37-348, p. 356, H. Hovasse ; Paris 27 juin 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 50, H. Hovasse (défaut de transcription de l'autorisation sur les registres). Sur la charge de la preuve d'absence d'autorisation et la responsabilité de l'avocat ayant manqué à son devoir de conseil, Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1326, n° 348, A. Couret.

8. Le directeur général peut lui-même déléguer le pouvoir qu'il a reçu (art. R. 225-28, al. 4).

l'aval ou la garantie de la société ne peut être donné ¹. Et, lorsqu'un engagement dépasse l'un ou l'autre des montants ainsi fixés, l'autorisation du conseil est requise dans chaque cas (al. 1) ².

La durée des autorisations données par le conseil ne peut être supérieure à un an, quelle que soit la durée des engagements cautionnés, avalisés ou garantis (al. 2) ³.

En cas de non-respect de ces conditions, la distinction suivante doit être opérée :

– *s'il y a absence d'autorisation préalable du conseil* ⁴, l'engagement pris par le PDG ou le directeur général, qui a excédé ses pouvoirs légaux, est inopposable à la société ⁵. La loi impose au créancier bénéficiaire de la garantie l'obligation de se renseigner ⁶ ; et il ne pourrait se prévaloir d'un quelconque mandat apparent, son erreur n'étant pas légitime ⁷. Il pourrait songer à exercer un recours contre le PDG ou le directeur général pris en son nom personnel, puisque l'engagement n'est pas nul. Mais la faute du dirigeant n'est *a priori* pas détachable de ses fonctions et sa responsabilité personnelle ne peut donc être engagée ⁸. Le système actuel n'est pas satis-

1. Toutefois, le président peut être autorisé à donner, à l'égard des administrations fiscales et douanières, des cautions, avals ou garanties au nom de la société, sans limitation de montant (al. 3). Cette dérogation ne concerne cependant pas la durée de l'autorisation.

2. Il en va de même lorsque la garantie est accordée pour un montant inconnu, R.M. JO déb. AN 11 déc. 1995, p. 5258, JCP E 1996, I, 541, n° 7, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Paris 27 oct. 2006, BRDA n° 6-2007, p. 2. V. cependant Aix, 31 janv. 1979, Rev. sociétés 1980, 497, M. Guilbertain.

4. Sur le cas d'une autorisation irrégulière et d'un créancier de bonne foi, Com. 28 juin 2005, RJDA 2005, p. 1091, n° 1242 ; RTD com. 2006, p. 131, P. Le Cannu ; Paris 15 févr. 2007, BRDA n° 7-2007, p. 2 ; Com. 11 févr. 1986, Rev. sociétés 1986, p. 243, J. J. Daigre.

5. Com. 8 déc. 1998, Bull. Joly 1999, p. 535, n° 113, P. Le Cannu ; RTD com. 1999, p. 445, B. Petit et Y. Reinhard ; JCP E 1999, p. 668, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 17 nov. 1992, Bull. Joly 1993, p. 98, n° 17, Y. Chaput ; Rev. sociétés 1993, p. 585, Ph. Delebecque (l'inopposabilité ne peut pas être couverte par un vote de l'assemblée générale ou une ratification implicite du conseil d'administration). Cf. déjà Com. 11 juill. 1988, Bull. Joly 1988, p. 666, n° 217, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1989, p. 53, P. Didier ; Com. 9 déc. 1997, Rev. sociétés 1998, p. 561, Ph. Delebecque (même si elles appartiennent au même groupe : l'autorisation du conseil est nécessaire lorsque la société mère entend cautionner les dettes d'une filiale) ; Paris, 24 avr. 1990, Bull. Joly 1990, p. 631, n° 174 et p. 869, n° 265, Ph. Delebecque. Rappr. en faveur de l'inopposabilité, art. R. 225-54, al. 3.

6. Paris, 3 nov. 1999, Bull. Joly 2000, p. 266, n° 54 (communication du PV du conseil d'administration) ; Paris, 3 mars 2000, Bull. Joly 2000, p. 697, n° 163, J.-F. Barbière.

7. Com. 4 oct. 1988, Bull. Joly 1988, p. 856, n° 273 ; Rev. dr. bancaire 1989, n° 12, p. 68, M. Jeantin et A. Viandier ; Com. 8 nov. 1988, JCP 1989, II, 21230, J.-F. Barbière ; RTD com. 1989, p. 254, n° 2, Y. Reinhard (un étranger ne peut se prévaloir de son ignorance de la loi française) ; Com. 8 déc. 1998, JCP E 1999, p. 576, Th. Bonneau (l'appréciation des pouvoirs des dirigeants relève de la loi dont dépend la société) ; Paris, 27 févr. 1992, Bull. Joly 1992, p. 501, n° 161 (quitus inefficace) ; Paris 19 févr. 2003, Rev. sociétés 2004, 426, I. Urbain-Parléani ; RJDA 2004, p. 533, n° 580.

8. Par ex., Com. 9 juin 2004, Bull. Joly 2004, p. 1370, n° 272, P. Le Cannu. V. toutefois, estimant qu'il s'agit d'une faute détachable, Lyon, 25 sept. 1998, Bull. Joly 1999, p. 1091, n° 255,

faisant ¹.

– Si les cautions, avals ou garanties ont été données pour un montant total supérieur à la limite globale fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut pas être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède à lui seul l'une des limites, globale ou particulière, fixées par le conseil (art. R. 225-28, al. 5) ².

398 **Conventions entre la société et ses dirigeants ou certains actionnaires** ³ ◇ Il est à craindre que lorsqu'un dirigeant contracte avec sa société, il abuse de sa position pour obtenir des avantages exorbitants. Mais d'un autre côté, le contrat peut être utile à la société, et intéressant pour les deux parties. Pour résoudre ces oppositions d'intérêts, dans des situations où l'on est souvent proche du « contrat avec soi-même » (le même individu vend à titre personnel et achète en qualité de représentant de la société), la loi de 1867 avait instauré une réglementation dans son article 40. Le dispositif, largement inefficace ⁴, a été perfectionné pour mieux protéger les actionnaires, en particulier les minoritaires (articles L. 225-38 à L. 225-43 ; anc. art. 101 et s. L. 1966 ; art. R. 225-30, R. 225-31). La loi NRE du 15 mai 2001, dans un chapitre consacré à la « prévention des conflits d'intérêts » ⁵, a renforcé le dispositif de 1966, en étendant notamment le contrôle aux conventions passées avec les actionnaires détenant au moins 5 % des droits de vote ⁶. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a relevé ce pourcentage à 10 %. Avant d'exposer la procédure de contrôle, assez lourde, qui doit être suivie (*infra*, n° 401), il convient de préciser son domaine d'application quant aux personnes concernées et aux opérations visées.

P. Scholer ; *Rev. sociétés* 1999, p. 658, Y. Guyon. Comp. sur la jurisprudence antérieure, Paris, 3 avr. 1998, *JCP E* 1999, p. 33, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1998, p. 1162, n° 356, P. Le Cannu.

1. Ph. Simler, *Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions*, in *Mélanges D. Schmidt*, *Joly* 2005, p. 449.

2. V. pour un exemple chiffré, J.-F. Bulle et M. Germain, *Pratique de la société anonyme*, Dalloz 1991, n° 520. Paris 17 déc. 2004, *BRDA* n° 5-2005, p. 3 (inopposabilité pour le tout en cas de dépassement). Comp. pour une autorisation du conseil d'administration sans limitation de somme et pour toute la durée du mandat du PDG, Lyon, 5 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1034, n° 333 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 391, Y.G.

3. G. Baranger, *Conventions réglementées*, *Dossiers pratiques Francis Lefebvre* 2007 ; I. Balensi, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, préf. J. Hémard, *Economica*, 1975 ; bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2001, p. 72.

4. Cf. I. Balensi, *op. cit.*, n° 18.

5. V. la remarquable étude d'ensemble de D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2^e éd. *Joly* éd. 2004 ; P. F. Cuif, *Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, *RTD com.* 2005, p. 1 ; B. Raynaud, *La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions*, *JCP E* 2003, 354.

6. P. Le Cannu, *Les conventions réglementées après la loi du 15 mai 2001*, *Bull. Joly* 2001, p. 720, n° 165 ; A. Couret, *La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions*, *RJDA* 2002, p. 290 ; R. Vatinet, *Rev. sociétés* 2001, p. 561. Sur le décret d'application du 3 mai 2002, R. Vatinet, *Rev. sociétés* 2002, p. 441.

399 Personnes concernées ◇ La réglementation s'applique en premier lieu aux conventions intervenues *directement* entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs (y compris le président) ¹, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 (art. L. 225-38, al. 1^{er}) ².

Les deux derniers cas, introduits par la loi NRE, augmentent de façon importante le champ des conventions réglementées : dans la société A, la société B détient plus de 10 % des droits de vote et B est contrôlée par une troisième société, C. Si une convention est conclue entre A et C, elle doit être soumise à la procédure des conventions réglementées.

La réglementation s'applique également si la convention intervient par *personne interposée* (*id.*) ³ ou si l'une des personnes visées est *indirectement intéressée* (al. 2) ⁴.

Enfin, sont aussi soumises à la réglementation les conventions intervenant *entre la société et une entreprise*, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise ⁵ (al. 3). Cette dernière disposition a élargi considérablement le champ d'application de la procédure de contrôle, qui joue fréquemment dans les groupes de sociétés ayant des dirigeants communs, étant précisé que les représentants permanents des personnes morales administrateurs sont soumis au même régime que les administrateurs en leur nom propre (art. L. 225-20, al. 1).

1. La procédure de contrôle ne joue pas lorsque l'intéressé n'est pas encore administrateur, Com. 22 juill. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 852, n° 256 ; Com. 6 mai 1996, *D. aff.* 1996, p. 719.

2. Pour une interprétation large, cf. *Bull. CNCC* n° 126-2002, p. 261 ; comp. B. Caillaud, *Les conventions conclues entre une société anonyme et une société contrôlant une société actionnaire détenant plus de 5 % des droits de vote de la S. A.*, JCP E 2002, n° 272.

3. B. Vial-Pedrolletti, *L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales*, Thèse dactyl. Aix, 1996. V. par ex. Com. 23 janv. 1968, *Bull. civ. IV*, p. 28, n° 38, pour la promesse de vente d'un immeuble social consentie par le président à son épouse, les époux habitant ensemble ledit immeuble.

4. V. Com. 4 oct. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 216, Y. Chaput (l'intérêt indirect d'un administrateur à une opération n'est pas établi s'il ne détient pas des intérêts suffisamment importants pour infléchir la conduite de la société avec laquelle une convention est conclue) ; Com. 23 oct. 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 92, Y. Guyon ; Com. 15 mars 1994, *Petites Affiches* 1^{er} févr. 1995, D. Gibirila ; Com. 9 avr. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 196, D. Vidal ; *Bull. Joly* 1996, p. 674, n° 240, P. Le Cannu (rapports triangulaires nés d'un cautionnement) ; Paris, 20 nov. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 476, n° 99, P. Le Cannu.

5. Le terme « dirigeant » est très vague. Il appartiendra à la jurisprudence de dire si, au-delà des mandataires sociaux, il englobe, par exemple, tous les directeurs techniques ou seulement certains d'entre eux.

400 Opérations visées ◇ Trois catégories de convention doivent être distinguées. Certains contrats sont interdits parce qu'ils sont trop dangereux pour la société, et il n'est même pas question de les soumettre à la procédure de contrôle (1). D'autres, au contraire, sont tellement usuels, qu'ils échappent à la réglementation (2). Les derniers, en revanche, y sont soumis (3).

1) Sont interdites certaines conventions liées au crédit (art. L. 225-43) ¹. Un administrateur ne peut contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ² ou autrement, faire cautionner ou avaliser par elle ses engagements envers des tiers (al. 1^{er}) ³.

La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués, administrateurs ou non, aux représentants permanents des personnes morales administrateurs, à leurs conjoints, ascendants et descendants, ainsi qu'à toute personne interposée.

La loi a ainsi voulu mettre fin aux crédits âprement sollicités et abusivement consentis par une société à ses administrateurs ou à leurs proches parents ⁴.

Cependant, cette interdiction ne s'applique pas dans deux cas. D'une part, lorsque l'administrateur est une personne morale (art. L. 225-43, al. 1^{er}) car ces opérations sont normales entre sociétés d'un même groupe, sous réserve du risque d'interposition de personne ⁵ ; mais elles sont alors soumises à la procédure de contrôle (*infra*, n° 401) ; d'autre part, lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier, à condition qu'il s'agisse d'opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales (al. 2). Ces opérations échappent alors à tout contrôle.

La sanction est la nullité des opérations interdites. La nullité, malgré certaines réserves ⁶, est une nullité absolue ⁷. C'est dire qu'elle est ouverte à tout intéressé ⁸, qu'elle ne peut pas être couverte par un acte confirmatif et qu'elle se prescrit désormais par cinq ans ⁹. Si la convention prohibée

1. Cf. Thèse Schultz préc. p. 345 s. ; Rappr. Com. 21 janv. 1997, *RJDA* 1997, p. 438, n° 660. Une association peut être une entreprise, Paris, 26 sept. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 1014, n° 354, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1991, p. 827, Y.G.

2. I. Urbain-Parléani, *Les comptes courants d'associés*, préf. C. Gavalda, LGDJ 1986. Le texte n'interdit pas la conclusion d'un contrat de compte courant. Simplement, celui-ci doit fonctionner sans jamais être débiteur et la convention est soumise à la procédure de contrôle.

3. Com. 26 avr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 703, n° 164, A. Couret ; *JCP E* 2000, p. 1234, Y. Guyon ; D. 2000, p. 270, M. Boizard ; *RTD com.* 2000, p. 669, J.-P. Chazal et Y. Reinhard.

4. G. Ripert et R. Roblot, n° 1284.

5. D. Ohl, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, *Librairies techniques* 1982.

6. Cf. en particulier A. Rieg, *JCP* 1963, II, 13305, sous T. civ. Seine 27 nov. 1962 ; J.-P. Langlade, *op. cit.*, n° 43.

7. Ch. mixte 10 juill. 1981, D. 1981, p. 637 (1^{re} esp.), concl. J. Cabannes, *Rev. sociétés* 1982, 84, C. Mouly (solution rendue en application de l'article 40 L. 1867, mais toujours valable) sur pourvoi contre Chambéry 22 nov. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 259, M. Guilbertau. *Adde* implicit. Com. 25 nov. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 579, C. Mouly.

8. Montpellier 7 janv. 1980, *Rev. sociétés* 1980, p. 737, C. Mouly (à propos d'une SARL).

9. Avant la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription civile, c'est la prescription trentenaire qui s'appliquait, Com. 29 nov. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 331, p. 222.

constituait en même temps un abus de crédit social ou un recel d'abus de crédit social, des sanctions pénales seraient applicables (art. L. 242-6, 3° ; art. 321-1 C. pén.).

2) Échappent à la procédure de contrôle, les conventions portant sur des « opérations courantes et conclues à des conditions normales » (art. L. 225-39). Ces deux conditions sont des questions de fait. Les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par la société d'une manière habituelle, dans le cadre de son activité ¹. Pour déterminer si une convention a été conclue dans des conditions normales ², il convient de tenir compte des conditions dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables, non seulement dans la société en cause, mais encore dans les autres entreprises du même secteur d'activité ³. En cas de doute sur le point de savoir si ces deux conditions sont remplies, il convient d'appliquer la procédure de contrôle ⁴.

Le texte est d'application courante pour les ventes, fournitures ⁵ et prestations de services. Finalement, il donne lieu à assez peu de jurisprudence ⁶. La seule véritable question a pu concerner les **groupes de sociétés**. En leur sein, certaines conventions sont usuelles (conventions de trésorerie ⁷, location de locaux ou de matériels, prêts de personnel, sous-traitance, fourniture de prestations informatiques, juridiques...).

L'application de la procédure de contrôle est le plus souvent lourde et inutile. C'est pourquoi certains ont justement proposé d'interpréter de façon plus large les notions d'« opérations courantes » et de « conditions normales » lorsque l'on est en pré-

1. R.M. JO déb. AN 3 avr. 1969, p. 870 ; *RTD com.* 1969, p. 514, n° 8, R. Houin ; Com. 11 mars 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 684, n° 145, D. Vidal ; Com. 11 juill. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 34, n° 10, P. Le Cannu ; DA 2001, p. 2024, S. Zeidenberg ; Com. 1^{er} oct. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 138, n° 46, P. Le Cannu ; Paris 4 juin 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1315, n° 273, L. Godon. Sur la charge de la preuve des caractères courant et normal, cf. Paris, 24 juin 1986, *JCP E* 1987, 16122, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. Sur une convention conclue à des conditions anormales, car passées à des conditions désavantageuses pour la société ; Com. 9 avr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 677, n° 241, P. Le Cannu ; *JCP E* 1996, I, 589, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. R.M. 3 avr. 1969, préc. V. Paris, 18 oct. 1977, *Bull. Joly* 1977, p. 663, n° 324, appliquant l'article 102 de la loi du 24 juillet 1966 au cas de versement d'un pécule à un directeur général lors de son départ en retraite dès lors que tous les cadres pouvaient bénéficier de ce pécule et qu'aucun avantage particulier n'avait été consenti au dirigeant ; Paris 28 mai 2001, *RJDA* 2002, p. 767, n° 903 (complément de retraite).

4. D'autant que le non-respect de la procédure de contrôle pourrait être retenu comme un élément à charge dans des poursuites pénales pour abus de biens sociaux.

5. V. par ex. pour des achats de semoule par un fabricant de pâtes, *BCNCC* juin 1984, p. 238.

6. V. cependant Paris, 22 oct. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 861, n° 355 ; *RJ com.* 1988, p. 267, P. de Fontbressin (copropriété de brevets) ; Paris, 16 mars 1990, *JCP E* 1990, I, 19976 (opération de crédit-bail) ; Paris, 20 nov. 1998, *RTD com.* 1999, p. 145, B. Petit et p. 426, Cl. Champaud et D. Danet ; *JCP E* 1999, p. 669, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *D. aff.* 1999, p. 134, M. Boizard (bail commercial excessif).

7. Versailles (Ch. réunies) 2 avr. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 923, n° 207, H. Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 2002, n° 221, F. X. Lucas ; *JCP E* 2002, 1468, A. Couret. Y. Bernheim, *Les conventions de trésorerie sont-elles des conventions réglementées ?* *Option Finance*, 6 mars 2000, p. 36.

sence de ce type de conventions passées entre sociétés d'un même groupe ¹. Cependant, certaines conventions peuvent donner lieu à des abus, notamment celles destinées à rémunérer les holdings lorsqu'elles engagent des frais pour leurs filiales (« convention d'assistance », « contrat de conseil financier », « frais de holding », « redevances d'animation, de relation et d'assistance ») ².

La loi NRE avait prévu que ces conventions courantes et conclues à des conditions normales devaient désormais être communiquées au président du conseil d'administration. Très vite, cette disposition s'est révélée cependant impraticable. La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 est venue heureusement exclure de cette communication les conventions qui en raison de leur objet ou de leurs implications financières ne sont *significatives pour aucune des parties* (art. L. 225-39, al. 2).

Pour les conventions significatives, le président doit ensuite communiquer leur liste et leur objet aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes ³ (art. L. 225-39, al. 2).

Tout actionnaire peut également obtenir communication de la liste et de l'objet de ces conventions (art. L. 225-115, 6°). En cas de refus, il peut engager une procédure d'injonction de faire (art. L. 238-1) ⁴.

3) En dehors de ces deux catégories de conventions, interdites ou libres, l'article L. 225-38 C. com. soumet toutes les autres conventions ⁵ à la procédure de contrôle. Peu importe leur forme ⁶, leur objet.

La procédure s'applique donc aussi bien à une vente, à un bail ⁷ qu'à une concession de licence. Elle s'applique aux modifications d'une convention conclue antérieurement, par exemple à l'augmentation substantielle du salaire d'un admi-

1. Cf. en ce sens l'étude adoptée par le Conseil national des commissaires aux comptes, le 5 juill. 1990, in *BCNCC* 1990, p. 289, et 1991, p. 260 ; Paris 17 oct. 2003 *Bull. Joly* 2004, p. 224, n° 35, D. Schmidt ; *JCP E* 2004, 387, J. F. Barbière et 601, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker (facilités consenties par la mère à sa filiale). Comp. ANSA avr.-juin 1999, n° 3006, p. 2 ; *BRDA* n° 17-1999, p. 3 ; Paris, 18 déc. 1990, *JCP N* 1993, II, p. 160, J. Vallansan.

2. Cf. Paris, 6 févr. 1998 (*aff. Cerus-Valéo/Geniteau*) *Bull. Joly* 1998, p. 333, n° 114, A. Couret, *JCP E* 1998, 753, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1998, p. 435, Y.G. ; *RTD com.* 1998, p. 350, Cl. Champaud et D. Danet ; et sur pourvoi, Com. 27 févr. 2001, *D. aff.* 2001, p. 1103, A. Lienhard ; *RTD com.* 2001, p. 467, J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *Rev. sociétés* 2001, p. 827, J. F. Barbière. *Addé* sur le risque pénal (ABS), Crim. 25 oct. 2006 (*aff. Lagardère*) *Rev. Sociétés* 2007, p. 146, B. Boulloc ; *Bull. Joly* 2007, p. 243, n° 47, J. F. Barbière. Sur le risque fiscal, CAA Lyon, 24 févr. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 777, n° 172, M. Lott (acte anormal de gestion).

3. Sur les nouvelles obligations des commissaires aux comptes, cf. Ph. Merle, *D.* 2001 chr. p. 3516 et J. F. Barbière, *Bull. Joly* 2003, p. 251, n° 55.

4. Sur l'appréciation du président du tribunal, Com. 26 févr. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 581, n° 124, L. Godon.

5. La notion de *convention* est plus large que celle de *contrat* : les accords de volonté qui visent à éteindre des obligations ne sont pas des contrats mais des conventions (Y. Guyon sous Paris, 18 janv. 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 110).

6. La convention peut être verbale, Com. 27 févr. 2001 (*Cérus*) préc.

7. Lorsqu'il s'agit de contrats à exécution successive, approuvés antérieurement et qui contiennent de s'exécuter, les commissaires aux comptes en sont informés dans le mois suivant la clôture de l'exercice (art. R. 225-30, al. 2).

nistrateur régulièrement lié à la société par un contrat de travail ¹ ainsi qu'aux rémunérations exceptionnelles allouées par le conseil à ses membres (art. L. 225-46 ; *supra*, n° 390 et *infra*, n° 420) ². Elle joue également en cas de résiliation intervenant d'un commun accord ³.

Par contre, la procédure ne s'applique pas à une fusion entre sociétés ayant des administrateurs communs ⁴ car les autres garanties légales prévues pour cette opération (*infra*, n°s 675 s.) doivent suffire. De même, elle ne joue pas pour les rémunérations du président et des directeurs généraux ⁵ fixées par le conseil (art. L. 225-47, al. 1 et L. 225-53 ; *infra*, n°s 420 et 430), ni pour les jetons de présence des administrateurs déterminés par l'assemblée générale des actionnaires (art. L. 225-45, *supra*, n° 390) dans la mesure où ces rémunérations ont un caractère plus institutionnel que contractuel.

La « loi Breton » du 26 juillet 2005, dans un souci de transparence, soumet également les **modalités de départ** des dirigeants de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (« parachutes dorés » ; *supra* n° 386) à la procédure de contrôle ci-dessous ⁶. Sont visés les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus (comme des compléments de retraite, des « bonus » de départ, des indemnités liées à des clauses de non-concurrence...) à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci (art. L. 225-42-1 ; cf. égal. art. R. 225-30 et R. 225-57) ⁷. Le même dispositif s'applique aux salariés nommés dirigeants (cf. art. L. 225-22-1).

1. Soc. 11 juin 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 25, n° 5, P. Le Cannu.

2. Com. 2 mai 1983, *Gaz. Pal.* 1983, II, panor., p. 238, J. Dupichot ; Com. 15 juill. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 710, n° 292 ; *JCP E* 1987, II, 16959, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1988, p. 73, n° 4, Y. Reinhard ; Versailles, 24 sept. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1294, n° 418, P. Le Cannu.

3. Com. 27 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 492, n° 167, P. Le Cannu ; *JCP E* 1996, I, 589, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1996, p. 482, B. Petit et Y. Reinhard.

4. Com. 7 juin 1963, *D.* 1964, p. 308, A. Dalsace (solution transposable sous l'empire de la loi de 1966).

5. Paris, 27 juin 1980, *D.* 1981, p. 634, J. Cl. Bousquet (à propos d'une pension de retraite allouée à un président et assimilée à sa rémunération) ; Rapport COB 1980, p. 37. *Contra* cependant, et s'opposant à la COB, Versailles, (Ch. réun.) 15 mai 1985, *D.* 1987, p. 404, M. Boizard ; *D.* 1987, somm. 392, J. Cl. Bousquet, pour une rémunération présidentielle consistant en un pourcentage sur le chiffre d'affaires.

6. Ces dispositions sont applicables à toutes les conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Les engagements en cours doivent être mis en conformité avec les nouvelles mesures et approuvés par l'assemblée de la société concernée avant le 23 février 2009 (lettre de la Direction des affaires civiles et du sceau en date du 28 mars 2008 au Président de la CNCC).

7. Cette mesure a été adoptée à la suite de parachutes dorés très importants accordés à certains dirigeants (J. M. Messier chez *Vivendi Universal*, Daniel Bernard chez *Carrefour*...).

Ce dispositif a été cependant estimé insuffisant lorsque l'importance de cette **rémunération différée** apparaît, au moment de son versement, sans commune mesure avec les performances du dirigeant ou la situation de l'entreprise ¹. C'est pourquoi la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (« loi TEPA ») subordonne le versement des rémunérations différées à des **conditions de performance** de l'intéressé et de l'entreprise (art. L. 225-42-1, al. 2 à 6 et L. 225-90-1 al. 2 à 6 pour la SA à directoire) ².

Les conditions de performance doivent être fixées par le conseil d'administration ³ et l'autorisation qu'il donne rendue publique. L'autorisation de l'assemblée générale doit faire l'objet d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire. La loi interdit tout versement avant que le conseil d'administration n'ait constaté lors ou après la cessation ou le changement des fonctions le respect des conditions de performance prévues ⁴. Tout versement effectué en méconnaissance de cette mesure serait nul de plein droit.

L'autorisation de la convention doit être publiée sur le site *internet* de la société dans les cinq jours de la réunion du conseil d'administration. Le même délai s'applique à la décision qui se prononce sur le respect des conditions de performance et sur le versement (cf. art. R. 225-34-1, introduit par D. 7 mai 2008 ⁵).

De nombreux abus dans l'octroi de parachutes dorés ont conduit le président de la République à dénoncer ceux qui en bénéficiaient alors qu'ils avaient commis des fautes de gestion ou mis leur entreprise en difficulté. Il a « invité » les professionnels à se mettre d'accord sur des pratiques acceptables, sous peine de régler le problème par la loi ⁶. L'appel a été entendu par l'AFEP et le MEDEF qui ont publié leurs recommandations en octobre 2008 (*supra*, n° 389), demandant à leurs adhérents que les rémunérations des

1. Tel a été le cas lors du départ du coprésident d'EADS, Noël Forgeard, en juill. 2006. Celui-ci, en plus de ses plus values sur ses stock-options, bénéficiait contractuellement d'une indemnité de départ estimée par certains à 8,4 millions d'euros, ce qui a provoqué de vives réactions dans l'opinion publique compte tenu de la situation de société Airbus et des engagements de la part des candidats à l'élection présidentielle en faveur d'une plus grande « moralisation » de ces pratiques. A la même époque, des difficultés ont également surgi à propos des modalités de départ des anciens dirigeants d'Havas et de Vinci. V. sur la responsabilité personnelle des dirigeants de Rhodia, jugés trop généreux envers leur prédécesseur, T. com. Nanterre 3 déc. 2008, *Bull. Joly* 209, p. 148, n° 32, Ph. Merle.

2. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2008, p. 712. Cf. Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2007, p. 738 ; P. Le Cannu et B. Dondero, *id.* p. 764 ; Y. Paclot et C. Malecki, *Les rémunérations différées des dirigeants dans les groupes de sociétés après la loi TEPA*, *Bull. Joly* 2008, p. 525, n° 115. Sur le plan fiscal, les sommes « excédentaires » ne devraient pas être déductibles pour la société versante. À due proportion, elles devraient par ailleurs être imposées dans les mains de leur bénéficiaire comme des distributions irrégulières de bénéfices.

3. Le journal *Les Echos* relève que de nombreux conseils d'administration ont proposé des conditions invérifiables, se contentant de citer un ou plusieurs indicateurs sans révéler le niveau plancher à atteindre (23 avril 2008, p. 30).

4. Ne sont pas visés par les conditions de performance les indemnités versées en contrepartie d'une **clause de non concurrence** ainsi que les **engagements de retraite complémentaire**, qui sont seulement soumis à la procédure des conventions réglementées (art. L. 225-42-1 *in fine*).

5. Sur ce décret, cf. B. Dondero, *RTD com.* 2008, p. 584.

6. Discours de Toulon, 25 septembre 2008.

dirigeants soient indexées sur les performances économiques réelles des entreprises ¹.

401 Procédure ◇ La loi a mis en place un dispositif de contrôle complexe qui se déroule en cinq étapes, et donne un rôle important aux commissaires aux comptes.

1) L'intéressé est tenu d'*informer le conseil d'administration*, dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable (art. L. 225-40, al. 1).

2) La convention est soumise à l'*autorisation préalable* ² du conseil d'administration (art. L. 225-38, al. 1). L'intéressé ne peut pas prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée (art. L. 225-40, al. 1) ³ et, bien que le texte soit muet, il ne doit pas être pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

La convention conclue sans autorisation préalable du conseil peut être annulée ⁴, mais seulement si elle a eu des conséquences dommageables pour la société (art. L. 225-42, al. 1) ⁵. L'action en nullité se prescrit par trois ans ⁶ à compter de la date

1. Cf. sur ces recommandations, les commentaires de Ph. Portier, *JCP E* 2008, 2372 ; I. Tchoourian, *D.* 2008, p. 2708. L'AMF prône cependant un renforcement de ces recommandations, estimant que le bilan qualitatif est mitigé. Cf. Rapport AMF sur les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées et sur la mise en œuvre des recommandations AFEP-MEDEF, juill. 2009. Adde dans le même sens, rapport Houillon, préc., *supra* n° 390-1, *in fine*.

2. L'autorisation doit être régulière en la forme, Com. 10 juill. 1978, *Rev. sociétés* 1979, 848, I. Balensi ; Rouen, 19 nov. 1981, *D.* 1983, IR 71, J. Cl. Bousquet, et ne saurait être tacite, Soc. 8 déc. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 251, I. Balensi. Comp. pour une autorisation postérieure, Versailles 7 juin 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 115, n° 21, A. Constantin.

3. Aix-en-Provence, 15 mai 1991, *Dr. sociétés* juill. 1991, n° 279 ; V. pour les difficultés créées dans les groupes lorsque la convention est passée entre deux sociétés ayant les mêmes administrateurs, R.M. JO déb. AN 26 juill. 1975, p. 5429 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 744, et la nécessité de recourir à l'article L. 225-42, al. 3. Pour une application, Paris, 21 janv. 1981, *D.* 1983, IR 69, J. Cl. Bousquet.

4. À la demande de la société ou des actionnaires agissant individuellement, mais pas du tiers avec lequel le contrat a été conclu, car ce n'est pas dans l'intérêt du cocontractant que l'intervention du conseil d'administration est requise, Com. 15 mars 1994, *RJDA* 1994, n° 541, p. 426 ; *Dr. sociétés* 1994, n° 98, H. Le Nabasque. La convention doit être considérée comme valable tant qu'elle n'a pas été annulée, Com. 3 mai 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 109, D. Vidal. Sur la nullité partielle d'une convention divisible, Com. 7 juill. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1510, n° 300, J. Ph. Dom. ; *RTD com.* 2004, p. 765, P. Le Cannu.

5. Com. 24 janv. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 93, Y. Chartier ; *Bull. Joly* 1995, p. 329, n° 104, PLC (mobile indifférent) ; Com. 18 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 538, n° 218, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1997, p. 541, J.-F. Barbière ; Com. 19 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 918, n° 289, P. Le Cannu ; *JCP E* 1999, p. 33, A. Viandier et J.-J. Caussain (contrat déséquilibré) ; Soc. 10 mai 1999, *RJDA* 1999, p. 1086, n° 1346 ; *JCP E* 1999, p. 1238, A. Viandier et J.-J. Caussain (salaire sans contrepartie au sein d'un groupe) ; Com. 3 juin 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 124, n° 27, L. Godon (abonnement de conseils en gestion de patrimoine au profit de cadres dirigeants sans aucune contre partie pour la société) ; Soc. 16 sept. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 132, n° 29, B. Saintourens (avenant garantissant par un tiers, absence de conséquences dommageables pour la société).

6. Com. 20 févr. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 989, n° 276, D. Poracchia (défaut d'autorisation d'un contrat d'assurance-vie). Le délai n'est pas préfix, mais de prescription. Il peut donc être interrompu et suspendu, Com. 24 févr. 1976, *Rev. sociétés* 1977, p. 88, 1^{re} esp., Y. Chartier.

de la convention ; mais si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de prescription est reporté au jour où elle a été révélée (al. 2) ¹.

Si le délai de prescription est expiré, la nullité de la convention peut être invoquée à titre d'exception à une action en paiement intentée contre la société par son cocontractant. L'exception est perpétuelle dès lors que la convention n'a pas été exécutée ².

La nullité peut cependant être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie (art. L. 225-42 al. 3) ³.

Outre la possibilité d'une action en nullité, le défaut d'autorisation du conseil engage la responsabilité de l'intéressé (al. 1) ⁴.

3) Le président du conseil donne avis au commissaire aux comptes de toutes les conventions autorisées (art. L. 225-40 al. 2) dans le délai d'un mois à compter de la conclusion desdites conventions (art. R. 225-30, al. 1^{er}) ⁵.

4) Le commissaire aux comptes doit présenter sur ces conventions, un rapport spécial à l'assemblée (art. L. 225-40, al. 3). Son indépendance et sa compétence doivent permettre aux actionnaires d'avoir une information objective et complète.

Le rapport doit contenir l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée ; le nom des personnes intéressées ; les modalités essentielles de ces conventions (prix et tarifs pratiqués, ristournes et commissions consenties, délais de paiement accordés, intérêts stipulés, sûretés conférées). Concernant les conventions

1. Com. 2 mai 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 941, n° 267, M. Sénéchal ; Versailles 19 déc. 2002, BRDA 3-2003, p. 2. Sur la notion de révélation, Paris, 22 oct. 1987, préc. *RJ com.* 1988, p. 267, P. de Fontbressin ; *Rev. dr. bancaire* 1989, p. 31, M. Jeantin et A. Viandier. Sur le point de départ du délai en cas de dissimulation, Soc. 12 févr. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 384, n° 179, P. Le Cannu ; Com. 12 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 464, n° 96, B. Petit ; Com. 26 mai 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 962, n° 226, M. Menjuq ; Paris, 29 juin 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1156, n° 286, L. Grosclaude.

2. Soc. 29 nov. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 496, n° 128, B. Saintourens. V. en cas d'exécution totale de l'accord, Civ. 2^e, 3 avr. 2003, *JCP E* 2003, p. 933, n° 835.

3. Cf. Com. 20 nov. 2007, BRDA n° 23-2007, p. 4 ; *Bull. CNCC* n° 149 – 2008, p. 98, Ph. Merle ; Com. 21 nov. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 172, n° 46, P. Le Cannu ; *Dr. Sociétés* 2001, n° 84, D. Vidal ; Com. 25 mars 2003, *Bull. Joly* juill. 2003, M. Storck (nécessité que les actionnaires soient pleinement informés) ; Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, *JCP E* 1999, p. 33, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1999, p. 115, J.-F. Barbière ; *Dr. sociétés* 1998, n° 161, D. Vidal ; *Bull. Joly* 1999, p. 278, n° 48, M. Menjuq (l'exécution de la convention et l'approbation des comptes ne peuvent couvrir la nullité résultant du défaut d'autorisation). Il a même été admis que cette procédure pouvait s'appliquer dans le cas où le conseil avait refusé de donner son accord, Paris, 18 déc. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 604, n° 212, P. Le Cannu ; *JCP* 1992, II, 21823, J. Vallansan ; *RTD com.* 1991, p. 227, Y. Reinhard.

4. T. com. Paris 20 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1434, n° 294, J. Cl. Hallouin ; *Rev. sociétés* 2006, p. 825, J. J. Daigre ; Com. 28 févr. 2006, *Dr. sociétés* 2006, 107, H. Hovasse ; *RTD com.* 2006, p. 867, P. Le Cannu (membre du conseil de surveillance).

5. Lorsque l'exécution de conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs a été poursuivie au cours du dernier exercice, le commissaire aux comptes est informé dans le délai d'un mois à compter de la clôture de l'exercice (art. R. 225-30, al. 2). Sur le degré de diligence qui incombe au commissaire dans la découverte des conventions qui ne lui ont pas été signalées, Lyon, 27 nov. 1986, *BCNCC* 1987, p. 220, E. du Pontavice ; *Rev. sociétés* 1987, 628, Y.G.

portant sur la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, le rapport doit mentionner la nature, le montant et les modalités d'octroi de chacun des avantages dus ou susceptibles de leur être dus. Il doit également donner, le cas échéant, toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées (art. R. 225-31).

Ce rapport spécial doit être précis ¹, mais le commissaire aux comptes n'est pas juge de l'opportunité des conventions passées, puisqu'il lui est interdit de s'immiscer dans la gestion de la société (art. L. 823-10, al. 1, *infra*, n° 518).

L'absence du rapport spécial entraîne la nullité de la délibération de l'assemblée pour violation d'une disposition impérative du livre II du Code de commerce (art. L. 235-1, al. 2).

S'il y a seulement insuffisance du rapport, son contenu étant défini par le décret et non par la loi, on peut hésiter sur le point de savoir si l'article L. 235-1, al. 2 est applicable ², sauf dans les cas où l'insuffisance du rapport est telle qu'elle peut être assimilée à son absence. Mais une action en responsabilité civile contre le commissaire serait possible.

5) Après audition du rapport spécial du commissaire aux comptes, *l'assemblée générale statue sur les conventions* (art. L. 225-40, al. 2 et 3). L'intéressé ne peut pas prendre part au vote ³ et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité (al. 4).

– Si l'assemblée approuve la convention, il n'y a aucune difficulté, celle-ci produit normalement ses effets à l'égard des tiers, sauf cas de fraude (art. L. 225-41, al. 1).

– Si l'assemblée n'approuve pas la convention, celle-ci n'est pas nulle pour autant (al. 1). Le législateur a justement estimé que, l'assemblée statuant longtemps après la conclusion du contrat et souvent même après l'exécution (c'est habituellement l'assemblée annuelle qui se prononce), la nullité était une sanction inadaptée. La convention bien que désapprouvée, produit donc ses effets à l'égard des tiers, sauf annulation dans le cas de fraude (al. 1) ⁴ ou pour un vice tenant au droit commun des contrats ⁵.

Mais, les conséquences préjudiciables à la société des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration, même en l'absence de fraude

1. Cf. R. Contin, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préf. R. Percerou, *Lib. techniques* 1975, n° 368 et s., qui souligne que les rapports précis demeurent malheureusement l'exception (n° 371).

2. V. favorable à la nullité, Y. Guyon, *Rev. sociétés* 1989, p. 63 (*supra*, n° 68).

3. L'intéressé ne peut non plus participer au vote en qualité de mandataire d'autres actionnaires, Paris, 25 janv. 1972, *Rev. sociétés* 1972, 688, D. Schmidt ; *RTD com.* 1972, p. 643, n° 5, R. Houin.

4. Paris, 2 juin 1993, *JCP E* 1993, I, 228, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain (absence de fraude).

5. Com. 22 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 988, n° 226, F. X. Lucas (cause illicite).

(al. 2) ¹. Autrement dit, le législateur a préféré à titre de sanction, un *rééquilibrage du contrat*, plutôt que son annulation ².

Si la convention n'a pas été soumise à l'assemblée, l'absence de décision ne devrait pas entraîner de conséquences plus graves qu'un refus d'approbation : sauf fraude, la nullité ne peut pas être prononcée ; seules les conséquences dommageables pour la société de cette convention doivent être mises à la charge des dirigeants ³.

b. Pouvoir général d'orientation, d'évocation et de surveillance

402 Évolution ◇ Dans sa rédaction initiale, l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 disposait que le conseil d'administration était « *investi des pouvoirs de gestion les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* ». Cette rédaction indiquait probablement la volonté du législateur de donner au conseil la mission de « *concevoir, d'élaborer et de décider* » ⁴ la politique générale de l'entreprise. Puis, rapidement, des hésitations se firent jour sur le point de savoir si le « pouvoir de gestion » n'excluait pas, par exemple, le « pouvoir de disposition ». Finalement, la loi du 12 juillet 1967 supprima les mots « de gestion », se refusant à distinguer entre des « *notions aussi fuyantes que celles de gestion, d'administration ou de direction* » ⁵, et le texte, dans sa dernière rédaction, disposait que le conseil d'administration était « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » (al. 1^{er}). Cette rédaction ne reflétait cependant pas la véritable activité des conseils et instaurait un chevauchement fâcheux avec les pouvoirs du PDG, également « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » (art. 113 al. 2 L. 1966).

Sous l'influence des idées du gouvernement d'entreprise, tendant à assurer un fonctionnement plus équilibré des différents organes de la SA de type classique, la loi NRE a redéfini les pouvoirs du conseil d'administration, qui sont les mêmes, que la société ait à sa tête un Président-directeur général ou un président du conseil d'administration (président « dissocié » ou « non exécutif ») et un directeur général. Le conseil est désormais investi d'un **pouvoir général d'orientation et de surveillance**. Il peut également se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société et régler par ses délibérations les affaires qui la concernent (art. L. 225-35).

1. Versailles, 28 juin 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 876, n° 269 ; Com. 15 juin 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 806, B. Saintourens ; JCP E 1993, I, 288, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain ; TGI Paris 27 janv. 2009, *BRDA* n° 11-2009, p. 3 (indemnisation du PDG d'Havas révoqué ; absence de conséquences préjudiciables pour la société).

2. Versailles 19 déc. 2002, *BRDA* 2003, p. 2.

3. Paris, 18 oct. 1977, *Bull. Joly* 1977, p. 663, n° 324 ; Paris, 26 juin 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 137, Y.G.

4. J. Paillusseau, *La société anonyme, technique juridique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. Loussouarn, S. 1967, p. 214.

5. Cf. proposition de loi, Sénat n° 278 (1966-1967), MM. Dailly, Le Bellegou, Molle, p. 5.

403 Pouvoir d'orientation ◇ L'article L. 225-35, al. 1^{er} dispose : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* ».

Le texte donne clairement au nouveau conseil le pouvoir de définir les *orientations stratégiques* de la société ¹. Il prend les décisions qui s'y rapportent et veille à leur mise en œuvre par la direction générale. Le conseil doit donc demander à la direction générale de lui rendre compte des décisions qu'elle a prises pour appliquer ces orientations et des résultats obtenus. À défaut, les administrateurs engageraient leur responsabilité.

404 Pouvoir d'évocation ◇ Le conseil n'est plus doté expressément d'un pouvoir d'agir au nom de la société.

La loi du 15 mai 2001, dans une rédaction peu satisfaisante, qui est le résultat d'un compromis obtenu au cours des débats parlementaires, décide que le conseil « *se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent* » (art. L. 225-35, al. 1^{er}). Par ce pouvoir d'évocation, la loi invite le conseil à se préoccuper également de la bonne marche quotidienne de l'entreprise. Le texte donne ainsi un rôle concurrent au conseil d'administration et à la direction générale, ce qui n'est pas satisfaisant par rapport à l'ambition, affichée par les auteurs de la loi NRE, d'un meilleur équilibre des pouvoirs au sein de la SA de type classique. On peut se demander si n'a pas été ainsi rétabli implicitement le pouvoir du conseil d'agir en toutes circonstances au nom de la société ², ce que peut confirmer le fait d'avoir maintenu les limitations antérieures aux pouvoirs du conseil d'administration tenant à l'objet social (1^o) et aux pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires (2^o).

1^o) Selon le principe de spécialité (*supra*, n^o 54), le conseil exerce ses pouvoirs dans la **limite de l'objet social** (art. L. 225-35, al. 1). Mais, cette limitation n'a d'effet qu'à l'égard des actionnaires, puisqu'en application de la première directive européenne adoptée le 9 mars 1968, l'ordonnance du 20 décembre 1969, renforçant la sécurité de ceux qui traitent avec la société, est venue apporter une importante dérogation à la solution traditionnelle : dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances (al. 2). En pratique, cette preuve est difficile à apporter ³, d'autant qu'il est expressément exclu que la seule publication des statuts suffise à la constituer (al. 2 *in fine*).

1. A. Theimer, *Le renforcement des pouvoirs du conseil d'administration depuis la loi NRE*, *Dr. sociétés*, déc. 2001, p. 3.

2. Cf. J. F. Carré, *Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers*, *RJDA* 2007, p. 1171 ; A. Viandier, *Sociétés et loi NRE*, *op. cit.*, n^{os} 115 s. ; S. de Venteuil, *NRE et nouveaux pouvoirs du conseil d'administration des sociétés anonymes*, *JCP E* 2001, p. 1266.

3. Paris, 30 nov. 1976, *Rev. sociétés*, 1977, 688, D. Randoux ; Com. 18 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n^o 264, p. 213. V. cependant Com. 3 juin 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 124, n^o 27, L. Godon ; T. com.

2°) Le conseil d'administration doit également exercer ses **pouvoirs dans la limite de ceux expressément attribués par la loi aux assemblées générales d'actionnaires** (art. L. 225-35, al. 1). C'est ainsi qu'il ne pourrait révoquer l'un de ses membres, déterminer le montant global des jetons de présence, toutes ces questions relevant de la compétence de l'assemblée générale ordinaire (art. L. 225-18, al. 2, L. 225-45). Il ne saurait *a fortiori* modifier les statuts de la société à la place de l'assemblée générale extraordinaire (art. L. 225-96, al. 1) ¹. En pratique, la violation directe de la compétence des assemblées ordinaire ou extraordinaire est cependant exceptionnelle. Plus délicate est la question de la violation indirecte, lorsque sous l'apparence d'un acte de gestion il y a en réalité risque de modification de l'objet social ou même de dissolution de la société (compétence de l'assemblée extraordinaire) ².

Ainsi le conseil d'administration ne pourrait-il pas aliéner de sa seule autorité l'unique fonds de commerce exploité par la société, si cette aliénation aboutissait à une dissolution de la société par extinction de l'objet ³.

De même, porte atteinte à l'objet social, la décision du conseil de céder à un tiers la majeure partie d'une participation constituant pratiquement la totalité de l'actif social ⁴.

En revanche, est de la compétence du seul conseil, la décision d'aliéner un fonds de commerce, si la société en exploite plusieurs ou si elle se propose d'en acquérir un nouveau avec le prix de l'ancien ⁵ puisque l'activité sociale demeure inchangée ⁶.

Paris, 28 juin 1982 (aff. *Bouygues c/ Patrimoine participations*), *RJ com.* 1983, 99, J. Mestre ; *Rev. sociétés* 1983, 596, J. Béguin ; *JCP* 1983, II, 20119, A. Viandier.

1. Sauf déplacement du siège social (art. L. 225-36 *supra*, n° 396, modification de caractère secondaire).

2. Y. Guyon, n° 339.

3. Paris, 14 mars 1957, *Gaz. Pal.* 1957, II, 15 : rapp. Com. 23 avr. 1958, *Bull. civ.* III, n° 166, p. 136 ; Com. 24 juin 1997 (aff. *Salle Gaveau*) *Rev. sociétés* 1997, p. 792, P. Didier ; *Bull. Joly* 1997, p. 875, n° 315, J.-J. Daigre ; *JCP E* 1997, I, 710, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. Grenoble, 31 mai 1983 (aff. *Dauphiné Libéré*), *RJ com.* 1983, 379, J. Mestre ; *JCP* 1984, II, 20177, Y. Reinhard ; T. com. Paris, 28 juin 1982 (aff. *Bouygues c/ Patrimoine participations*) *préc.*, décisions qui posent le problème de l'objet des sociétés holdings ; T. com. Paris, 2 mai 1989, *JCP* 1990, II, 21575, M. Marteau-Petit (cession d'éléments du fonds de commerce équivalant à la cession globale de l'actif de la société). Rapp. R.M. JO déb. Sénat 7 sept. 1989, p. 1482 ; *Bull. Joly* 1989, p. 804, n° 290.

5. Cf. J. Rault obs. in *RTD com.* 1958, p. 774, n° 1. V. pour une cession de droit au bail, Com. 13 nov. 1957, *D.* 1958, p. 269 (à propos d'une SARL) ; pour une promesse de vente d'un immeuble et du fonds qui y est exploité, Com. 29 janv. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 35, p. 28 ; Paris, 21 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 61, n° 11 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 390, Y.G.7. Com. 1^{er} févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 390, n° 116, A. Laude ; *Rev. sociétés* 1994, p. 697.

6. Y. Chaput ; *JCP E* 1994, I, 392, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain (cession d'un actif immobilier). Pour éviter toute difficulté au cas où le fonds serait mis en location-gérance, les statuts prévoient généralement que l'exploitation pourra être « directe ou indirecte », au choix de l'organe de gestion, Com. 8 oct. 1979, *D.* 1981, IR 37, J. Cl. Bousquet. Rapp. pour les problèmes posés par un contrat de « management », Ph. Merle, *D.* 1975, Chron. p. 245, *infra*, n° 427 *in fine*. Cf. égal. Com. 18 déc. 1990, *BRDA* 15 févr. 1991, p. 9 (concession).

À l'inverse, l'assemblée ne peut pas empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration, en investissant par exemple le PDG ¹ ou le directeur général de l'ensemble des pouvoirs attribués au conseil.

De même une assemblée générale, fût-elle extraordinaire, ne peut-elle décider la création d'un comité de direction, organe permanent et concurrent du conseil d'administration, alors que l'article R. 225-29 réserve à la compétence exclusive de celui-ci la création d'un tel comité qui doit demeurer un organe secondaire, placé sous son contrôle direct ² (*infra*, n° 436). Ou encore, l'assemblée ne pourrait, « sans porter atteinte aux pouvoirs que la loi reconnaît au conseil d'administration, ni se réunir spontanément, ni usurper à son profit, pour le confier à un tiers sans qualité le droit de convoquer des actionnaires en assemblée générale » ³.

Le conseil d'administration doit également respecter les attributions propres reconnues au PDG ou au directeur général. Il ne pourrait pas les restreindre au point de retirer en fait à ces derniers leur pouvoir de direction ⁴ (*infra*, n°s 422 s.).

L'organisation légale des pouvoirs de la société anonyme étant impérative, il est laissé peu de latitude aux actionnaires pour aménager **dans les statuts** l'administration de la société. Mais le pacte social peut prévoir, par exemple, que certaines décisions importantes sont soumises à l'autorisation préalable de l'assemblée générale. Ces clauses, usuelles, sont *valables entre actionnaires*, et les administrateurs engageraient leur responsabilité en ne les respectant pas. Afin d'assurer la sécurité des tiers, ces clauses limitatives de pouvoirs étaient déclarées *inopposables aux tiers* (ancien al. 3 de l'art. L. 225-35), en application du principe du pouvoir légal des organes de gestion, reconnu en 1966 (*supra*, n° 95). La loi NRE (par inadvertance ?) n'a cependant pas repris cette disposition !

404-1 Pouvoir de surveillance ◇ Selon l'alinéa 3 de l'article L. 225-35 « *le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns* » ⁵. Ce rôle expressément donné au conseil d'administration le rapproche incontestablement sur ce point du conseil de surveillance de la SA duale, puisque cet organe est lui-même chargé d'opérer à toute époque de l'année « *les vérifications et contrôles qu'il juge opportuns* » (art. L. 225-68, al. 3) ⁶.

1. Civ. 4 juin 1946, préc.

2. Aix, 28 sept. 1982, *Rev. sociétés* 1983, 773, J. Mestre ; *JCP E* 1984, 13353, p. 143, n° 12, Y. Guyon.

3. Com. 30 avr. 1968, *D.* 1969, p. 89, 1^{re} esp., J. Lacombe.

4. Com. 11 juin 1965, *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 69, p. 297, J. Noirel ; *Bull. civ. III*, n° 361, p. 329 ; *RTD com.* 1965, p. 861, n° 3, R. Houin.

5. Cf. sur un audit demandé par le conseil d'administration contre l'avis du directeur général, T. com. Bordeaux (ord. réf.) 2 janv. 2003, préc., *Rev. sociétés* 2003, p. 134, B. Saintourens ; *Bull. Joly* 2003, p. 940, n° 196, J. Ph. Dom.

6. Cf. Ph. Merle, *Faut-il vraiment créer un troisième type de direction des sociétés anonymes en France ?* *Bull. Joly* 2000, p. 473, n° 99.

Afin de pouvoir exercer cette surveillance, le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission (art. L. 225-35, al. 3) ¹. La loi NRE a ainsi consacré la jurisprudence *Cointreau* (*supra*, n° 388) et la loi de sécurité financière est venue préciser le régime de ce droit à l'information.

§ 3. Responsabilités des membres du conseil d'administration

Si une société anonyme est mal administrée, les dommages risquent d'être considérables pour les créanciers sociaux, les salariés, les actionnaires, d'autant que, le plus souvent, la surface financière des dirigeants, personnes physiques, ne sera pas suffisante pour réparer les préjudices subis. Le législateur a donc multiplié en 1966 les cas de responsabilité pénale en misant sur leur aspect préventif. Depuis quelques années, on assiste à un développement du contentieux, aussi bien civil ² que pénal. La loi NRE, bien qu'elle ait redéfini les pouvoirs du conseil d'administration en lui conférant essentiellement des pouvoirs d'orientation et de surveillance (*supra*, n° 402 s.), n'a pas modifié la substance des textes concernant les responsabilités des administrateurs (et du directeur général, *infra* n° 437-1 s.).

A. Responsabilité civile ³

405 *Domaine de la responsabilité des administrateurs (art. L. 225-251 s.)* ⁴ ◇ On retrouve les éléments classiques de la responsabilité ⁵ : une faute, un préjudice et un lien de causalité. Le préjudice est toujours délicat à évaluer compte tenu de la complexité et de l'imbrication des différents actes de gestion. La preuve du lien de causalité entre la faute et le préjudice est égale-

1. V. par ex. pour les informations à communiquer aux administrateurs-salariés, Com. 29 janv. 2008 (*Gaz de France*) D. 2008, p. 482.

2. Les risques de responsabilité civile encourus par les dirigeants sociaux sont assurables (contrat « tous risques sauf »). Les primes sont à la charge de la société et déductibles fiscalement. A. Constantin, *De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RJDA 2003, p. 595.

3. S. Messaï, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Thèse dactyl. Paris I, 2005. Colloque Paris V, R. Vatinet et alii, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, in *Rev. sociétés* 2003, p. 195. D. Vidal, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux*, JCP E 2001, n° 24, suppl. n° 3, p. 16 ; B. Petit et Y. Reinhard in *RTD com.* 1997, p. 282.

4. Le même article (L. 225-251) traite de la responsabilité civile des administrateurs et du directeur général. Cependant, en raison du rôle capital joué désormais dans la SA par le directeur général, sa responsabilité fait l'objet dans le *Précis* de développements particuliers (*infra*, n° 437-1).

5. La nature de la responsabilité, contractuelle ou délictuelle, a donné lieu à de nombreuses controverses, mais une conception purement contractuelle est dépassée. Quoi qu'il en soit, la faute de l'administrateur mis en cause doit toujours être prouvée par le demandeur.

ment difficile à rapporter : les faits litigieux ont été commis souvent plusieurs années avant qu'ils soient soumis à examen, dans un environnement économique différent, pratiquement impossible à reconstituer exactement.

L'article L. 225-251, al. 1 énumère trois séries de fautes qui peuvent être reprochées aux administrateurs :

- *Infractions* ¹ aux dispositions législatives ² ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes. Les dirigeants sont responsables en cas d'annulation de la société (art. L. 225-249, al. 1 ; *supra*, n° 73) ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution (art. L. 235-13). Leur responsabilité peut être également recherchée en cas de violation des règles relatives au fonctionnement du conseil d'administration ou de celles relatives à la tenue des assemblées. Lorsque ces fautes sont constitutives d'un délit pénal ³, la réparation peut être demandée devant le tribunal correctionnel, par la voie de l'action civile.

- *Violation des statuts*. Tel serait le cas si les administrateurs n'avaient pas respecté la limitation des pouvoirs du conseil d'administration fixée par le pacte social (*supra*, n° 404).

- *Faute de gestion* ⁴. C'est le type de faute le plus difficile à établir ⁵ car il suppose une appréciation sur l'attitude qu'aurait dû avoir un dirigeant diligent, actif mais prudent, à l'époque et dans les circonstances de l'espèce ⁶. La notion est protéiforme, recouvrant aussi bien des actes positifs que négatifs. Depuis la loi NRE, la faute de gestion devrait concerner essentiellement le directeur général et les directeurs généraux délégués (*infra*, n° 437-1). Cette faute est surtout retenue lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective. Dans le cadre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (art. L. 651-2), une condamnation ne peut en effet être prononcée que si la preuve est faite d'une faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance ⁷.

1. La présomption de responsabilité instituée par l'article L. 225-251 n'est pas contraire à la présomption d'innocence, n'ayant pour effet que de renverser la charge de la preuve, Crim. 19 août 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 36, n° 9, C. Mascala.

2. V. par ex. Paris, 16 mai 1978, *Rev. sociétés* 1979, 72, J.G. (déplacement du siège social).

3. Une relaxe intervenue au pénal pour abus de biens sociaux n'interdit pas une action en responsabilité civile pour faute de gestion, Com. 9 nov. 1993, *RJDA* 1994, p. 144, n° 161.

4. B. Boulloc, *La faute de gestion du dirigeant social*, in *Mélanges P. Spitéri*, Presses univ. Toulouse 1, 2007 ; M. Laugier, *L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour faute de gestion*, *Bull. Joly* 2003, p. 1231, n° 261 ; F. Cherchouly-Sicard, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux pour faute de gestion*, Thèse, Paris, II, 1982 ; D. Schmidt, *La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion*, *JCP E* 4/1995, p. 15 ; Ch. Freyria, *Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise*, in *Mélanges L. Boyer*, 1996.

5. Com. 21 sept. 2004 (aff. *Taittinger*) 21 sept. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 363, B. Saintourens. La preuve peut cependant être facilitée par le rapport de l'expert de gestion (art. L. 225-231) ou par les éléments rassemblés dans le cadre d'une enquête pénale.

6. Cf. Y. Guyon, n° 459.

7. Paris, 18 juin 1991, *JCP E* 1991, I, 87, n° 4, A. Viandier et J.-Y. Caussain (aff. *Nasa Électronique*) ; *Gaz. Pal.* 27 févr. 1992, J.-P. Marchi. V. pour des exemples de fautes de gestion, *JCP E* 1992, I, 172, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; comp. Paris 3 mai 2002 (aff. *Taittinger*), *BRDA* n° 23-2002, p. 5 (minoritaires reprochant le népotisme régnant dans le groupe) et sur pourvoi, Com. 21 sept. 2004, *supra*.

La jurisprudence a ainsi retenu que la mauvaise gestion pouvait être volontaire¹ mais qu'elle pouvait également résulter d'une simple imprudence² ou négligence³. Est également fautive la décision de gestion contraire à l'intérêt social⁴. On peut penser que désormais, la faute de gestion reprochée aux administrateurs concernera essentiellement leur défaut de surveillance du directeur général et des directeurs délégués. La responsabilité des administrateurs de complaisance devrait être retenue plus fréquemment depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE⁵.

À l'égard des tiers, la responsabilité personnelle des dirigeants n'est qu'exceptionnellement mise en jeu : ceux-ci sont des organes de la société, au nom de laquelle ils agissent et la jurisprudence ne retient désormais leur responsabilité que s'ils ont commis une *faute séparable de leurs fonctions*⁶ (V. sur cette question, *infra* n° 437-1). Les victimes agissent donc plus volontiers contre la société elle-même dès lors qu'elle est solvable.

406 Responsabilité individuelle ou solidaire ◇ La responsabilité des administrateurs et du directeur général peut être individuelle ou solidaire (art. L. 225-251, al. 1). Elle est *individuelle* lorsqu'une faute précise peut être imputée à un dirigeant déterminé, les autres membres du conseil d'administration étant totalement étrangers à cette faute.

Elle peut être également *solidaire*. Tel est le cas si plusieurs administrateurs sont condamnés pénalement à raison des mêmes faits (art. 480-1 et 543 C. pr. pén.) ou s'il est prouvé qu'ils ont commis une faute commune, qui peut ne pas être la même pour tous : l'un des dirigeants, le directeur général, a commis un fait coupable, et les autres administrateurs ne l'ont pas surveillé.

L'administrateur qui veut s'exonérer de sa responsabilité, doit prouver qu'il n'a pas pu assister à la réunion du conseil au cours de laquelle a été prise la décision litigieuse ; ou qu'étant présent, il a protesté contre la décision et a fait inscrire sa

1. Com. 21 oct. 1974, *Bull. civ. IV*, n° 257, p. 208 (utilisation abusive des fonds sociaux pour favoriser d'autres sociétés du groupe) ; Com. 11 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 925, n° 300, P. Le Cannu (action en responsabilité exercée par le cessionnaire des actions contre le cédant, ancien dirigeant, auteur de la faute de gestion).

2. Rouen, 20 oct. 1983, *D.* 1985, p. 161, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1984, 764, M.N. Legrand (constitution d'une société avec un capital insuffisant) ; Paris 4 janv. 2005, *RTD com.* 2005, p. 351, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 369, P. Le Cannu.

3. Com. 4 févr. 1980, *préc.*, *Bull. civ. IV*, n° 55, p. 43 (marchés traités à des prix inférieurs aux prix de revient par suite d'un mauvais calcul de leurs coûts eu égard à la dispersion des chantiers et au manque de qualification du personnel). Com. 21 juill. 1987 (2^e esp.), *RJ com.* 1988, p. 298, F. Cherchouly-Sicard ; Com. 23 mars 1993, *RJDA* 1993, p. 697, n° 799.

4. Com. 13 déc. 2005, *RJDA* 2006, n° 273, p. 245.

5. Com. 31 janv. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 341, n° 109, A. Couret ; *Rev. sociétés* 1995, p. 763 ; M. Ch. Piniot, *RJDA* 1995, p. 643, n° 11 ; *RTD com.* 1996, p. 543, J. Ph. Haehl ; Com. 25 mars 1997, *JCP E* 1997, I, 676, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1997, p. 799, n° 292, G.B. (défaut d'exigence envers le PDG de déclarer la cessation des paiements) ; Com. 16 févr. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 774, n° 171, p. 5 ; Com. 23 juin et 7 juill. 1998, *JCP E* 1999, p. 29, A. Viandier et J.-J. Caussain (inertie du dirigeant de droit) ; Com. 5 févr. 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 153, J. P. Legros (faillite personnelle).

6. Com. 20 mai 2003, *D.* 2003, p. 1502, A. Lienhard.

protestation au procès-verbal. Un simple vote « contre » risque d'être insuffisant. Mais si un administrateur est de plus en plus fréquemment en désaccord avec les décisions prises par la majorité du conseil, il est préférable qu'il démissionne de ses fonctions pour éviter toute responsabilité.

Lorsqu'une condamnation solidaire est prononcée, chaque dirigeant est obligé vis-à-vis de la victime du préjudice à payer l'intégralité du montant de la réparation ¹. Mais dans les rapports entre coresponsables, le tribunal peut déterminer la part contributive de chacun des dirigeants de façon inégale, en fonction de la gravité des fautes commises (art. L. 225-251, al. 2) ².

Les actions de garantie des administrateurs étaient affectées en totalité à l'exécution des condamnations prononcées pour faute de gestion, même si un seul administrateur était déclaré responsable (anc. art. 95 al. 2 L. 1966). Elles ont été supprimées par la loi du 5 janvier 1988 (*supra*, n° 375).

407 Attribution de l'action en responsabilité ◇ L'action appartient à celui qui subit personnellement le préjudice. Ainsi la faute d'un administrateur qui cause un dommage à un tiers ou à un actionnaire donne lieu à une **action individuelle**. Mais lorsque la faute est commise au détriment de la société elle-même, elle donne naissance à l'**action sociale**. Cette action sociale peut être intentée par la société contre le dirigeant fautif (*action sociale ut universi*), elle peut l'être également par un ou plusieurs actionnaires agissant à la place des représentants légaux de la société. On parle alors d'action sociale exercée personnellement ou, plus volontiers, d'*action sociale ut singuli* ³.

408 Action individuelle ◇ L'action individuelle suppose d'une part que le préjudice subi par le tiers ou l'actionnaire a été causé par un administrateur (ou le directeur général) et non par la société elle-même. Elle trouve son fondement dans l'article L. 225-251 ⁴. D'autre part, le préjudice doit être personnel ⁵, indépendant de celui qui a pu être subi par la société ⁶. Si bien qu'en pratique, l'action individuelle est assez rare ⁷.

1. Ch. Freyria, *L'assurance de responsabilité civile du « management »*, D. 1995, Chron. p. 120.

2. Com. 5 juill. 1967, JCP 1967, II, 15245, J.A.

3. J. C. Pagnucco, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, préf. Fl. Deboissy, LGDJ 2006.

4. Com. 13 juin 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 223, D. Vidal (prescription de trois ans).

5. F. Danos, *La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, RJDA 2008, p. 471.

6. Cf. D. Schmidt, *De quelques règles procédurales régissant l'action en responsabilité civile contre les dirigeants de sociétés « cotées » in bonis*, in *Mélanges P. Didier, Economica* 2008, p. 383 ; Com. 19 avr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1252, n° 277, S. Messai-Bahri. Sur l'action d'un créancier pour des faits antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective, Com. 7 mars 2006, D. 2006, p. 857, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2006, p. 938, n° 186, F. X. Lucas ; *RTD com.* 2006, p. 431, P. Le Cannu ; *JCP E* 2006, 2834, S. Jambort ; *Rev. sociétés* 2006, p. 644, J. F. Barbière.

7. Com. 8 nov. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 502, n° 99, J. J. Daigre ; *RTD com.* 2006, p. 140, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2006, n° 41, H. Hovasse (cas de manœuvres dolosives des dirigeants à l'occasion d'une réduction de capital).

C'est ainsi qu'un actionnaire ne peut pas demander l'indemnisation de la perte de valeur de ses actions lorsque ce préjudice n'est que le corollaire de celui que la faute du dirigeant ou d'un tiers a causé à la société ¹. En revanche, serait admise l'action intentée contre l'administrateur qui aurait détourné les dividendes destinés à un actionnaire ².

De même, en cas de délit d'abus de biens sociaux, un préjudice direct peut être causé aux créanciers sociaux, ou aux actionnaires individuellement, qui ont la possibilité de se constituer parties civiles ³.

En revanche, ne peut être accueillie, faute de rapporter la preuve d'un préjudice personnel, l'action individuelle intentée par un actionnaire contre le PDG de la société qui avait dû procéder à un « coup d'accordéon » (*infra*, n° 572) ; le dommage subi par le demandeur n'étant que le corollaire de celui supporté par la société en raison des fautes de gestion commises par le dirigeant ⁴.

Lorsque plusieurs actionnaires subissent individuellement un préjudice provenant des mêmes faits, ils peuvent désormais se grouper pour charger l'un ou plusieurs d'entre eux d'agir en leur nom devant les juridictions civiles (art. R. 225-167) ⁵.

Le mandat de représentation doit être écrit et mentionner expressément qu'il donne au(x) mandataire(s) le pouvoir d'accomplir tous les actes de procédure. La demande en justice doit indiquer l'identité de chacun des mandants, le nombre d'actions qu'ils détiennent et préciser le montant de la réparation réclamée par chacun d'eux.

Les actes de procédure et de notification sont alors réputés valablement accomplis à l'égard du ou des seuls mandataires (art. R. 225-168).

Lorsque l'action individuelle aboutit, les dommages-intérêts alloués aux actionnaires ayant subi un préjudice personnel leur reviennent intégralement, et la société, bien entendu, n'en profite pas.

409 Action sociale ◇ Cette action vise à réparer le préjudice subi par la société, à reconstituer le patrimoine social, en cas de faute commise par un ou plusieurs dirigeants. L'action sociale doit, en principe, être exercée par les

1. Par ex. Versailles 13 sept. 2005, *BRDA* n° 2-2006, p. 5 (à propos d'une SARL, mais transposable). V. cependant, T. corr. Paris 12 sept. 2006 (*aff. Sidel*), *D.* 2006, p. 2522, D. Schmidt, et sur appel, Paris 31 oct. 2008, *D.* 2008, p. 2867, qui accueille les actions individuelles des actionnaires, parties civiles, dans le cadre d'une condamnation des dirigeants pour délits de présentation de faux bilan, diffusion d'information trompeuse et délit d'initié. Les actionnaires ont été ainsi privés de la chance d'effectuer des arbitrages éclairés et de mieux investir leur argent.

2. Paris, 2 mai 1935, *Gaz. Pal.* 1937, II, 113. V. pour une conception plus extensive, Paris, 19 janv. 1996 et 15 déc. 1995, *RTD com.* 1997, p. 286, B. Petit et Y. Reinhard.

3. Crim. 25 nov. 1975, *D.* 1976, p. 224, A. Honorat. Mais le plus souvent le préjudice direct n'est causé qu'à la société elle-même et à ses actionnaires, Crim. 9 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 433, B. Bouloc.

4. Com. 15 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 689, n° 155, S. Sylvestre. Rapp. Douai, 15 nov. 1999 (*Dassault Aviation*), *Bull. Joly* 2000, p. 409, n° 83, J.-J. Daigre (préjudice né d'une perte de contrôle).

5. V. égal. sur les actions des associations de défense des investisseurs l'art. 13 de la loi du 5 janv. 1988.

représentants légaux de la société. Si un seul administrateur est en cause, l'action sera exercée au nom de la société par les autres ¹. Si tous les administrateurs, le directeur général et les directeurs généraux délégués sont impliqués, l'action ne sera intentée en fait qu'après révocation ou démission des dirigeants, par les nouveaux dirigeants contre les anciens ². En pratique cependant, il est à craindre que les représentants légaux de la société négligent d'intenter cette action *ut universi*, c'est pourquoi le législateur a favorisé l'exercice de l'action sociale par les actionnaires eux-mêmes (action sociale *ut singuli*).

410 Action sociale *ut singuli* ³ ◇ Cette action peut être exercée par un groupe d'actionnaires représentant au moins le vingtième du capital social (art. L. 225-252). Ce seuil est toutefois réduit lorsque le capital de la société est supérieur à 750 000 € (cf. art. R. 225-169, al. 1^{er}) ⁴.

L'action est exercée aux frais de ces actionnaires, par un ou plusieurs d'entre eux, chargés de représenter le groupe. Le retrait en cours d'instance d'un ou plusieurs des actionnaires, soit qu'ils aient cédé leurs actions, soit qu'ils se soient désistés par la suite, est sans effet sur la poursuite de l'instance (art. R. 225-169, al. 2) ⁵.

L'action sociale peut également être exercée par un actionnaire agissant individuellement (art. L. 225-252) ⁶.

1. Sur l'action intentée contre l'ancien dirigeant majoritaire par la société présidée par le cessionnaire de la majorité des actions, Com. 11 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 925, n° 300, P. Le Cannu ; *RJ com.* 1989, p. 203, F. Cherchouly-Sicard.

2. V. Com. 7 déc. 1982, préc., *Bull. civ.* IV, n° 403, p. 336, admettant l'action sociale intentée par un nouveau dirigeant contre l'ancien, alors qu'il était complice des agissements reprochés à ce dernier, car le fait « d'avoir concouru à des agissements fautifs pouvant être préjudiciables à la société n'était pas de nature à priver cette dernière de la réparation qui pouvait lui être due » (solution donnée à propos d'une SARL, mais parfaitement transposable à la SA).

3. G. Chesné, *L'exercice « ut singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, *RTD com.* 1962, 347. Il est régulièrement discuté depuis quelques années de l'opportunité d'introduire une « class action » en France. Cf. Colloque Amiens 18 mars 2004, sous la direction de V. Magnier, PUF 2004 ; Colloque Paris X Nanterre, *Les actions de groupe, Implications processuelles et substantielles*, 22 juin 2006 ; M. Lipskier, *Les entreprises peuvent-elles profiter de l'introduction des class actions en droit français ?* *JCP E* 2005, 675 ; D. Mainguy, *A propos de l'introduction de la class action en droit français*, *D.* 2005, p. 1282 ; B. Le Bars, *Introduction en droit français d'une procédure d'action collective : quand la régulation se fait judiciaire*, *Bull. Joly* 2005, p. 811, n° 187 ; S. Guinchard, *Une class action à la française ?* *D.* 2005, p. 2180 ; M. Laine, *Contre la class action à la française*, *Le Figaro* 6 avr. 2005. Adde, bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2005, p. 739. Rappr. sur l'indemnisation des actionnaires de la société Sidel, Paris 17 oct. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 143, n° 31, J. F. Barbière.

4. Il est de 4 % pour les premiers 750 000 € ; 2,5 % pour la tranche de capital comprise entre 750 000 et 7 500 000 € ; 1 % entre 7,5 et 15 millions d'euros ; 0,5 % pour le surplus du capital (art. R. 225-169, al. 2).

5. Versailles, 29 mars 1978, *Rev. sociétés* 1978, p. 711, 2^e esp., D. Schmidt.

6. Com. 6 mai 1991, *Dr. sociétés* 1991, n° 337. Sur le point de savoir si l'action *ut singuli* lancée par un actionnaire peut être maintenue, alors que le nouveau dirigeant de la société lance à son tour l'action *ut universi*, Crim. 12 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 508, n° 131, J. F. Barbière ; *Rev. sociétés* 2001, p. 323, A. Constantin ; *D.* 2001, p. 1031, M. Boizard ; *Rev. sociétés* 2001, p. 865,

Il faut que le demandeur ait la qualité d'actionnaire au moment où il lance l'action et la conserve pendant tout le déroulement de l'instance ¹.

Depuis la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, l'action peut également être intentée par toute *association d'actionnaires* répondant aux conditions fixées par l'article L. 225-120 (*supra*, 293-1).

Lorsque l'action sociale est intentée par un actionnaire, une association ou un groupe d'actionnaires, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux (art. R. 225-170) ². Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société ³, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués (art. L. 225-252) ⁴.

Les actionnaires peuvent également solliciter une mesure conservatoire contre le dirigeant, à condition d'agir au nom de la société ⁵.

C'est dire qu'il faut que les actionnaires fassent preuve de beaucoup d'abnégation, en avançant les frais d'un procès, et en pouvant espérer au mieux, à condition qu'ils l'emportent, que les dommages-intérêts accordés à la société entraîneront une légère hausse de la valeur des actions qu'ils détiennent. Si la société est en liquidation judiciaire, seuls les créanciers sociaux tireront profit de l'action *ut singuli*...

411 **Exercice de l'action en responsabilité** ◇ Pour mettre fin à certaines pratiques antérieures, qui entravaient l'exercice des actions en responsabilité, spécialement des actions sociales, le législateur a dû édicter certaines règles particulières.

B. Bouloc. V. pour une société civile, Civ. 3^e, 6 nov. 1991, *JCP E* 1992, II, 246, Y. Guyon (art. 38 D. 3 juill. 1978).

1. Paris 6 avr. 2001, *RJDA*, p. 849, n° 982. A. Couret, *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, *RJDA* 1997, p. 391 ; Com. 26 janv. 1970, *D.* 1970, p. 643, J. Guyénot ; *JCP* 1970, II, 16385, Y. Guyon, montrant bien la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer l'action sociale exercée *ut singuli* de l'action individuelle ; *id.* Com. 18 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 408, n° 173, J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1997, n° 75, Th. Bonneau. Sur la détermination des personnes habilitées à exercer l'action dans un groupe, Crim. 4 avr. 2001, *D.* 2002, p. 1475, E. Scholastique ; *JCP E* 2001, p. 1817, J. H. Robert.

2. Com. 5 nov. 1991, *Dr. sociétés*, 1992, n° 17, H. Le Nabasque ; Douai, 31 janv. 1975, *Rev. sociétés* 1975, 282, J.-J. Taisne ; Paris, 15 févr. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 523, n° 136 ; Com. 14 déc. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 512, n° 105, D. Schmidt ; *Rev. sociétés* 2005, p. 448, B. Bouloc (droit propre des actionnaires, pas de désignation d'un mandataire *ad hoc*). Lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre la société et ses représentants légaux, le tribunal peut désigner un mandataire *ad hoc* pour la représenter dans l'instance (art. R. 225-170). Sur les conditions d'exercice de l'action devant la juridiction pénale, Crim. 3 oct. 2007, *BRDA* n° 22-2007, p. 2.

3. Crim. 28 janv. 2004, *D.* 2004, p. 704.

4. D. Schmidt, *préc. in Mélanges P. Didier, Economica* 2008, p. 383.

5. Civ. 2^e 14 sept. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 269, n° 54, D. Schmidt ; *Dr. sociétés* 2006, n° 175, H. Lécuyer ; *JCP E* 2007, 1049, n° 2, J. J. Caussain ; Fl. Deboissy et G. Wicker (en matière de SCI, mais transposable).

C'est ainsi qu'est réputée non écrite, toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable (« *clause d'avis* ») ou à l'autorisation de l'assemblée générale (« *clause d'autorisation* »), ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action (art. L. 225-253, al. 1). De même, aucune décision de l'assemblée générale, en particulier le **vote du quitus**, ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat (al. 2) ¹. Cette inefficacité du quitus est une bonne solution dans la mesure où la pratique montre que, le plus souvent, les actionnaires réunis en assemblée votent le quitus sans avoir de renseignements suffisants ².

L'action en responsabilité contre les administrateurs et le directeur général, qu'elle soit individuelle ou sociale, est soumise à une **prescription de trois ans** ³, ou exceptionnellement de dix ans s'il y a eu crime (art. L. 225-254). Le point de départ de ces délais est la date du fait dommageable ⁴ ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation ⁵.

B. Responsabilité aggravée en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires de la société ⁶

412 Domaine d'application ◇ Lorsque la société anonyme fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, il est de plus en plus fréquent, les dirigeants ayant pu commettre des abus à l'abri

1. Com. 15 déc. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 280, p. 209 ; JCP E 1988, II, 15240, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain. V. cependant, Com. 5 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 262, n° 71, P. Le Canu ; RTD com. 2000, p. 446, Cl. Champaud et D. Danet.

2. La COB estime que le vote du *quitus* est désormais inutile (*Bull. COB* juill. 1980, n° 128, p. 4). V. cependant Ph. Merle, sous Com. 25 janv. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 360.

3. La prescription triennale joue même pour des tiers extérieurs à la société, agissant sur la base de l'article 1382 C. civ., Com. 23 oct. 1990 (aff. *Logabax*), *Bull. Joly* 1990, p. 1036, n° 335, M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1991, p. 538, Y. Chaput.

4. Com. 20 févr. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 755, n° 202, L. Godon.

5. O. Rault, *Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité de l'article 247 de la loi du 24 juill. 1966*, JCP E 2000, p. 1462. V. par ex. Com. 2 mai 1983, *Rev. sociétés* 1984, 775, P. Didier ; Com. 3 juill. 1984, *Rev. sociétés* 1985, 422, B. Bouloc ; D. 1985, p. 323, J.H. ; Com. 23 oct. 1990, préc. ; Paris, 15 févr. 1990 D. 1990, IR 80 (point de départ du délai lorsque l'actionnaire majoritaire qui exerce l'action sociale *ut singuli* a eu connaissance de l'ensemble des documents sociaux) ; Paris 5 juill. 2001 (aff. *Novalliance*), *Bull. Joly* 2001, p. 1290, n° 279, J. F. Barbiéri ; *Rev. sociétés* 2001, p. 881, Y. Guyon ; RTD com. 2001, p. 923, J. P. Chazal et Y. Reinhard (la dissimulation s'entend du fait lui-même et non de ses conséquences préjudiciables) ; Paris 14 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 495 n° 108, J. F. Barbiéri. Com. 23 oct. 1990, *Rev. sociétés* 1991, 539, Y. Chaput. Cf. aussi *supra*, n° 198.

6. C. Régnaut-Moutier, *Les dirigeants de société*, *Rev. proc. coll.* 2006, 159 ; Ph. Roussel-Galle, *Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008*, *Rev. sociétés* 2009, p. 249. Cf. cependant, L. Camensuli-Feuillard, *L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté*, 2008, p. 66, n° 18.

de la personnalité morale de la société, que des mesures soient prises et des actions intentées contre les administrateurs et directeurs généraux fautifs (art. L. 225-52). La loi du 13 juillet 1967, et celle du 25 janvier 1985, modifiée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, ont mis à la disposition des juges un arsenal de possibilités qu'il convient de présenter brièvement et qui peuvent atteindre les administrateurs personnes physiques, ou personnes morales et leurs représentants permanents ¹, ainsi que, de façon plus générale, *tous les dirigeants de droit ou de fait, qu'ils soient rémunérés ou non* (cf. art. L. 225-255).

La **direction de fait** se caractérise par l'exercice en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière, d'activités positives de gestion et de direction de la société ². C'est ainsi que la banque qui, sans être dirigeant de droit, a exercé en fait par l'intermédiaire d'une personne physique qu'elle a choisie et qui a agi sous son emprise, des pouvoirs de direction sur la société débitrice peut être condamnée à combler l'insuffisance d'actif de celle-ci ³.

413 *Effets sur le patrimoine et la personne des administrateurs et dirigeant sociaux* ⁴ ◇

– À compter du jugement d'ouverture de redressement judiciaire ⁵, les titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la société et qui sont détenus, directement ou indirectement par les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent être cédés à peine de nullité, que dans les conditions fixées par le tribunal (art. L. 631-10, al. 1^{er}) ⁶.

Les titres sont alors virés à un compte spécial bloqué, ouvert par l'administrateur au nom du titulaire. Aucun mouvement ne peut être effectué sur ce compte sans l'autorisation du juge-commissaire (art. L. 631-10, al. 2 et R. 631-14).

1. Com. 3 oct. 2000, *RJDA* 2001, p. 60, n° 61.

2. D. Tricot, *Les critères de la gestion de fait*, *Dr. et patr.*, janv. 1996, p. 26 ; C. Delattre, *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de dirigeant de fait*, *JCP E* 2007, 1872 ; N. Dedessus le Moustier, *La responsabilité du dirigeant de fait*, *Rev. sociétés* 1997, 499. Cf. par ex. Com. 2 nov. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 398, D. Porrachia ; *Bull. Joly* 2006, p. 469, n° 93, F. X. Lucas ; Com. 7 mars 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 181, J. P. Legros ; Com. 13 févr. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 697, n° 190, A. Lecourt. V. Sur le refus de qualifier un directeur salarié de dirigeant de fait, Com. 27 mars 2007, *JCP E* 2007, 2274, C. Delattre.

3. Com. 27 juin 2006 (*Banque Worms*) *Bull. Joly* 2006, p. 1372, n° 286, Ph. Pétel ; *Rev. sociétés* 2006, p. 900, D. Poracchia ; D. 2006, p. 1892, A. Lienhard, cassant Versailles 29 avr. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1201, A. Constantin et Y. Lévy ; *JCP E* 2005, 32, M. J. Campana, qui avait retenu la notion « d'administrateur de fait par personne interposée ». Sur la critique de cette notion, cf. spéc. Ph. Delebecque, *JCP E* 2005, 234. V. pour le banquier qui ne prend que des mesures conservatoires, Com. 3 juill. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1357, n° 353, Ph. Pétel.

4. C. Saint-Alary-Houin, *La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté*, *JCP E* 2001, n° 24, suppl. n° 3, p. 30.

5. Cette mesure qui existait également en cas de sauvegarde a été supprimée par l'ordonnance du 18 déc. 2008 afin d'inciter les dirigeants à demander l'ouverture de cette procédure plutôt que d'attendre la mise en redressement judiciaire (cf. anc. art. 626-4).

6. Cf. J.-M. de Bermond de Vaulx, *Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaires*, *Rev. sociétés* 1990, 221.

– Lorsque la liquidation judiciaire ¹ de la SA fait apparaître une **insuffisance d'actif**, le tribunal peut, en cas de **faute de gestion** ² ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie ³, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait ⁴, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux (art. L. 651-2 nouv.). Par rapport au fameux article 99 de la loi du 13 juillet 1967, il faut donc que celui qui intente cette action prouve l'existence d'une faute de gestion et le lien de causalité entre cette faute et l'insuffisance d'actif ⁵. Les dispositions de l'ancien article 180 de la loi du 25 janvier 1985, codifiées sous l'article L. 651-2 ne peuvent pas être cumulées avec celles des articles 1382, 1383 du Code civil ou de l'article L. 225-251 C. com. ⁶.

1. Sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne pouvait être engagée qu'en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaire. Le champ d'application de cette mesure a été réduit par l'ordonnance du 18 décembre 2008 afin de rendre la sauvegarde plus attractive pour les débiteurs.

2. Cf. par ex. Com. 7 juill. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1192, n° 387, M.J. Campana ; Com. 17 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 445, Y. Chaput ; Com. 27 avr. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 687, n° 192, Y. Chaput ; *Rev. sociétés* 1993, p. 871, H. Le Nabasque ; Com. 30 nov. 1993, *BRDA* 6-1994, p. 5 ; Com. 14 déc. 1993, *RJDA* 1994, p. 317, n° 405 ; Paris, 18 juin 1991, *Gaz. Pal.* 27 févr. 1992, J.-P. Marchi ; *Dr. sociétés*, févr. 1992, n° 27, Y. Chaput ; *Bull. Joly* 1992, p. 277, n° 82, A. Couret (aff. *Nasa Electronique*, condamnation à hauteur de 400 millions de francs pour un passif s'élevant à 2 188 millions et sur pourvoi, Com. 3 janv. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 266, n° 84, A. Couret ; p. 432, n° 152, A. Couret) ; Aix 16 mai 2001 *RJDA* 2002, p. 353, n° 416 (création d'une société vouée à l'échec) ; comp. Com. 29 oct. 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 46, J. P. Legros. Pour des exemples de fautes de gestion, *JCP E* 1994, I, 392, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Com. 17 févr. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 580, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1998, p. 644, n° 215, J.-J. Daigre.

4. Com. 5 nov. 1991, *RTD com.* 1992, p. 818 Cl. Champaud et D. Danet (notion de dirigeant de fait) ; Com. 9 nov. 1993, *Rev. sociétés* 1994, 321, Ph. Le Tourneau ; *JCP E* 1994, II, 612, G. Virassamy ; Com. 19 déc. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 347, Ph. Le Tourneau (franchiseurs, dirigeants de fait) ; Com. 3 févr. 1998, *RTD com.* 1998, p. 614, Cl. Champaud et D. Danet ; Com. 6 juin 2000, *RJDA* 2000, p. 690, n° 868 (société mère, dirigeant de fait d'une filiale) ; Com. 22 janv. 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 135, J. P. Legros (conducteur de travaux, dirigeant de fait) ; Pau, 29 févr. 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 100, Y. Chaput (franchiseur, dirigeant de fait).

5. Cf. E. Obadia et J. Sexer, *La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi du 25 janv. 1985*, *Bull. Joly* 1994, p. 617, n° 175 ; M. Bourrié-Quenillet, *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif (pratique judiciaire)*, *JCP E* 1998, p. 455.

6. Com. 28 févr. 1995, *D.* 1995, p. 390, F. Derrida ; *JCP E* 1995, I, 487, n° 15, M. Cabrillac et Ph. Pétel ; *RTD com.* 1995, p. 663, J. Ph. Haehl ; Com. 11 avr. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 684, n° 238, J.-J. Daigre ; Com. 20 juin 1995, *D.* 1995, p. 448 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 766 ; Com. 28 juin 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 555, F. Derrida ; Com. 26 mai 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 962, n° 226, M. Menjuq ; M. Ch. Piniot, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives*, *RJDA* 1995, p. 639 ; J.-J. Daigre, *Une évolution jurisprudentielle bienvenue*, *Bull. Joly* 1995, p. 953, n° 346 ; V. égal. les critiques de B. Soinne, *La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante*, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 249 ; F. Derrida, *Procès de l'article 180...*, *D.* 2001, Chr. p. 1377 ; J. P. Sortais, *Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif*, in *Mélanges P. Bézard*, 2002, p. 321. Sur les limites au principe du non-cumul, Com. 14 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 602, n° 133 ; Com. 28 mars 2000, *id.* p. 606, n° 135, J.-J. Daigre ; *JCP E* 2000, p. 1566, Ph. Pétel ; *RTD com.* 2000, p. 655 et 2001, p. 452, Cl. Cham-

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. Les sommes versées par les dirigeants condamnés au comblement du passif ¹ entrent dans le patrimoine de la SA et sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc (art. L. 651-2, al. 2 et 3).

– L'obligation aux dettes sociales qui avait été créée par la réforme de 2005 a été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, la pratique ayant démontré que cette action faisait double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (*cf.* anc. art. L. 652-1 à L. 652-5).

– La **faillite personnelle** peut être également prononcée dans les cas prévus par la loi (art. L. 653-4 nouv. et 653-6). Elle est facultative. Elle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale et toute personne morale ayant une activité économique. Elle entraîne également les interdictions et déchéances applicables aux personnes qui étaient déclarées en état de faillite au sens donné à ce terme antérieurement au 1^{er} janvier 1968.

À la place de la faillite personnelle, le tribunal peut prononcer une mesure plus limitée, l'**interdiction de diriger**, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale, artisanale et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci (art. L. 653-8 nouv.).

Ces deux séries de mesures entraînent automatiquement la perte du droit de vote de l'administrateur frappé, dans les assemblées générales de la société. Ce droit est alors exercé par un mandataire désigné par le tribunal (art. L. 653-9, al. 1) ; et le tribunal peut enjoindre à l'administrateur de céder ses actions ou ordonner leur cession forcée (al. 2).

– Dans les cas les plus graves, les dirigeants de droit ou de fait s'exposent aux sanctions pénales de la **banqueroute** (art. L. 654-1 s.) avec un empièchement de cinq ans et/ou une amende de 75 000 €.

C. Responsabilité pénale ²

414 Évolution ◇ Les infractions de droit commun prévues par le Code pénal, telles que l'escroquerie, le faux et l'usage de faux et surtout l'abus de confiance sont souvent retenues contre les dirigeants malhonnêtes. Mais

paud et D. Danet. Cependant l'action en comblement ne fait obstacle ni à l'action en responsabilité fiscale (art. L. 267 LPF), *Com.* 9 déc. 1997, *RJDA* 1998, n° 87 et concl. M.C. Piniot, p. 3 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 316, J.-J. Daigre ; *Com.* 25 avr. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 128, J. P. Legros, ni à l'action civile exercée devant la juridiction répressive, *Com.* 29 févr. 2000, *D.* 2002, p. 79, crit. J. P. Sortais ; *Crim.* 21 nov. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 88, J. P. Legros.

1. Sur la possibilité de transiger, *Com.* (5 nov. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 205, n° 30, C. Boillot ; *JCP E* 2004, 1058, M. P. Dumont-Legrand.

2. M. Haschke-Dournaux, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, LGDJ 2005, préf. P. Le Cannu ; Avant-propos G. Canivet ; C. Mascala, *La responsabilité pénale des dirigeants sociaux*, *JCP E* 2001, n° 24, suppl. n° 3, p. 22.

cette législation s'est assez rapidement révélée insuffisante et de retentissants scandales financiers, faisant de nombreuses victimes parmi les petits épargnants, ont conduit à une multiplication des textes répressifs et à un renforcement des pénalités (L. 24 juillet 1867, D.L. 8 août et 30 octobre 1935, L. 24 juillet 1966). À un point tel que s'est constitué un véritable droit pénal des sociétés ¹ et que le trop grand développement du caractère répressif du droit des sociétés par actions a fait l'objet de nombreuses critiques ². La loi NRE du 15 mai 2001 a eu le mérite de supprimer de nombreuses infractions pénales formelles, qui étaient rarement mises en œuvre. Le mouvement s'est poursuivi avec les lois relatives à la sécurité financière et à l'initiative économique du 1^{er} août 2003 et l'ordonnance du 25 mars 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières ³. Une nouvelle impulsion pourrait être donnée si étaient mises en œuvre les recommandations contenues dans le rapport Coulon sur la *dépénalisation de la vie des affaires* ⁴.

Ces dépénalisations s'opèrent soit sous forme d'abrogation pure et simple de l'infraction, soit sous forme d'abrogation accompagnée de la nullité de la décision prise ou par la mise en place d'un mécanisme de substitution, comme l'**injonction de faire** prononcées par le juge des référés à l'encontre des dirigeants ou du liquidateur, sous astreinte (cf. art. L. 238-1) ⁵.

415 Domaine d'application ◇ La loi prévoit des infractions relatives à la constitution de la société anonyme (art. L. 242-1 à L. 242-5), aux assemblées d'actionnaires (art. L. 242-9 à L. 242-15) ; aux modifications du capital social (art. L. 242-17 à L. 242-24). Certaines infractions sont relatives aux valeurs mobilières (art. L. 245-3 à L. 245-15).

Seules doivent être mentionnées ici les infractions relatives à la direction et à l'administration des sociétés anonymes (art. L. 242-6 et L. 242-8). C'est ainsi que sont répréhensibles la distribution de dividendes fictifs (art. L. 242-6-1° C. com.) ; la publication ou la présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de

1. Cf. A. Touffait et J.-B. Herzog, *Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés*, Rev. sc. crim. 1967, 777 ; A. Touffait, J. Robin, A. Audureau et J. Lacoste, *Délits et sanctions dans les sociétés*, 1973 ; A. Vitu, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n^{os} 784 et s. (constitution) ; 970 et s. (activité).

2. Cf. par ex. P. Bézard, n^{os} 93 s. et *supra*, n^o 248 *in fine*.

3. Circulaire Crim. 04/14/G3, 14 sept. 2004 ; J. H. Robert, *Dr. sociétés* mars 2005, p. 7 ; Biblio. thématique in Rev. sociétés 2003, 975.

4. Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, janv. 2008. V. le commentaire de H. Matsopoulou, Rev. sociétés 2008, p. 1.

5. Sur le champ d'application du texte, Paris 26 mars 2003, BRDA 12-2003, p. 2. V. plus généralement, A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Thèse Paris I, 2002. Cf. égal. P. Le Cannu, *Des sanctions pénales aux sanctions civiles*, in *Le droit des sociétés pour 2004*, Dalloz 2004, p. 227 ; M. Azavant, *La sanction civile en droit des sociétés ou l'apport du droit commun au droit spécial*, Rev. sociétés 2003, 442.

la situation financière et du patrimoine social (art. L. 242-6-2°) ¹ ; l'usage des biens ou du crédit de la société, fait de mauvaise foi et contrairement à l'intérêt social, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre entreprise dans laquelle les dirigeants sont intéressés directement ou indirectement (art. L. 242-6-3° ; sur l'abus de biens sociaux, v. *infra*, n°s 416 s.) ; ou encore l'usage par les dirigeants de leurs pouvoirs, contrairement à l'intérêt social, dans un intérêt personnel ou dans l'intérêt d'une autre société dans laquelle ils sont intéressés (art. L. 242-6-4°) ².

Ces infractions font encourir à leurs auteurs une amende de 375 000 € et/ou un emprisonnement de cinq ans (art. L. 242-6, al. 1).

Quant à l'article L. 242-8, il vise des infractions aux règles sur l'établissement de l'inventaire, des comptes annuels et du rapport de gestion, ainsi que, pour les sociétés cotées, le fait de ne pas avoir joint aux comptes les annexes obligatoires (avec une amende de 9 000 €).

Ces différentes infractions peuvent être relevées, selon leurs attributions respectives, contre le président (*infra*, n° 428), les directeurs généraux, les directeurs généraux délégués (art. L. 248-1) et les administrateurs. Si l'administrateur est une personne morale, son représentant permanent encourt la même responsabilité pénale que s'il était administrateur à titre personnel (art. L. 225-20, al. 1). La jurisprudence, dans le souci d'une plus grande répression, retarde le plus possible le *point de départ du délai de prescription triennale* ³.

416 Abus de biens sociaux ⁴ ◇ L'abus de biens sociaux est aujourd'hui l'infraction la plus fréquemment poursuivie en droit des sociétés ⁵. Aux termes de l'article L. 242-6-3° « *Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour... le président, les administrateurs ou*

1. Crim. 25 avr. et 11 mai 1995, JCP E 1995, II, 760, J. H. Robert ; Paris, 5 avr. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 141, D. Vidal (changement de méthode comptable non signalé) ; Crim. 5 nov. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 91, B. Boulloc (conditions de l'action civile).

2. Crim. 10 juill. 1995, RJDA 1996, p. 468, n° 640, et H. Le Nabasque, *La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs*, *id.*, p. 432 ; *Bull. Joly* 1995, p. 1048, n° 376, A. Couret et P. Le Cannu ; BCNCC n° 101-1996, p. 103, Ph. Merle ; JCP E 1996, II, 780, J. Paillassieu. Crim. 19 nov. 1979, D. 1980, IR 378, M. Vasseur ; Crim. 27 févr. 1978, *Rev. sociétés* 1978, 496, B. Boulloc ; Crim. 16 janv. 1989, D. 1989, p. 495, J. Cosson ; *Rev. sociétés* 1989, 687, B. Boulloc ; sur renvoi, Versailles, 11 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, I, p. 200, J.-P. Marchi ; Crim. 4 nov. 1988, *Rev. sociétés* 1989, 265, B. Boulloc ; *Bull. Joly* 1989, p. 196, n° 59, M. Jeantin (irrecevabilité de la constitution de partie civile du comité d'entreprise) ; Crim. 13 déc. 2000, D. aff. 2001, p. 926, M. Boizard (irrecevabilité de l'action civile des actionnaires). Rapp. Crim. 8 janv. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 369, n° 114 (abus de pouvoirs d'un gérant de SARL).

3. V. *infra*, n° 418.

4. Bibliographie thématique, *Rev. sociétés* 1996, p. 187.

5. Le nombre de condamnations pour ABS a été de 286 en 2005 et 251 en 2006 (rapport Coulon, préc., p. 114).). Des poursuites pour ABS ne sont pas possibles contre les sociétés de droit étranger, Crim. 3 juin 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1373, n° 273, M. Menjucq ; *Rev. sociétés* 2004, 912, B. Boulloc ; *Dr. sociétés* 2004, n° 198, R. Salomon.

les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement » (cf. pour la SARL, art. L. 241-3-4°) ¹.

Pour le législateur de 1966, ce délit visait à réprimer l'usage des biens de la société pour le profit personnel, direct ou indirect, de l'un de ses dirigeants, de droit ou de fait ², c'est-à-dire la confusion opérée entre le patrimoine personnel du dirigeant et celui de la société ³.

Mais, peu à peu, la jurisprudence a interprété très largement le texte, à tel point que certains estiment qu'aujourd'hui un véritable dévoiement du délit a été opéré ⁴.

Concernant les **éléments constitutifs de l'infraction**, il est admis que l'usage peut certes résulter d'une action, mais également d'une « abstention volontaire » du dirigeant ⁵. La notion de contrariété à l'intérêt social a été fixée par la Chambre criminelle, après quelques hésitations, dans l'arrêt Carignon : « Quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses

1. Brieuc de Massiac, *Réflexions à propos de l'abus de biens sociaux*, RJDA 1996, p. 719.

2. Crim. 19 déc. 1994, Bull. Joly 1995, p. 340, n° 108 ; Crim. 12 oct. 1995, Dr. sociétés 1996, n° 40 ; D. aff. 1996, p. 50.

3. Sont des exemples classiques d'abus de biens sociaux, les voyages d'agrément, le compteur courant débiteur, l'emploi fictif consenti dans la société à une maîtresse. En jurisprudence, voyez Crim. 13 déc. 2000 (Suard) Bull. Joly 2001, p. 386, n° 96, J.-F. Barbière (prise en charge de dépenses personnelles) ; Crim. 22 sept. 2004, Rev. sociétés 2005, 200, B. Boulloc ; Bull. Joly 2005, p. 45, n° 6, J. F. Barbière (condamnation d'un dirigeant s'étant attribué des rémunérations excessives avec l'approbation du conseil d'administration) ; Crim. 25 oct. 2006 (aff. Lagardère) Bull. Joly 2007, p. 243, n° 47, J. F. Barbière ; Rev. sociétés 2007, p. 146, B. Boulloc (dans un groupe, redevances d'animation, de relation et d'assistance ne correspondant à aucune prestation utile). Cf. F. Garron, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. sociétés 2004, p. 795 ; Crim. 3 févr. 1992, Rev. sociétés 1992, p. 535, B. Boulloc (paiement d'amendes auxquelles le PDG avait été condamné) ; Crim. 22 avr. 1992, RJDA 1992, n° 1025, p. 835 (versement de pots de vin) ; Crim. 23 avr. 1996, D. aff. 1996, p. 1009 (recel d'abus de biens sociaux) ; Paris, (corr.) 23 janv. 1984 (aff. Flatto), Gaz. Pal. 1984, II, 457, J.-P. Marchi ; T. com. Lyon, 5 oct. 1992, JCP E 1993, I, 215, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain (extension touristique d'un voyage d'affaires) ; Paris, 30 mai 1994, JCP E 1994, I, 392, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain (prélèvement sur la trésorerie d'une société pour permettre son acquisition par une autre ; rapp. art. L. 225-216 C. com.) ; Paris, 23 mai 1995, Dr. sociétés 1995, n° 173, D. Vidal (fausse opération de portage).

4. B. Boulloc, *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJ com. 1995, p. 301 ; X. de Roux et K. Bougartchev, *L'abus de biens : derniers excès*, Bull. Joly, 1995, p. 1025, n° 372 ; C. Mascala, *Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires*, D. 2005, p. 3050. Comp. A. Dekeuwer, *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E 1998, p. 310.

5. Crim. 28 janv. 2004, Rev. sociétés 2004, 722, B. Boulloc ; Bull. Joly 2004, p. 861, n° 171, J. F. Barbière ; D. Rebut, *L'abus de biens sociaux par abstention*, D. 2005, p. 1290. V. déjà pour un défaut de recouvrement de créances, Crim. 15 mars 1972, Rev. sociétés 1973, p. 357, B. Boulloc. Comp. Crim. 7 sept. 2005, JCP E 2005, 1122, J. H. Robert ; Dr. sociétés 2005, n° 228, R. Salomon (nécessité de prouver la participation personnelle du PDG à l'infraction).

dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation »¹. L'intérêt social est apprécié par le juge et il est indifférent que tous les associés aient consenti à l'acte incriminé, que l'assemblée générale l'ait ratifié² ou que la société ait un caractère exclusivement familial³. La loi a en effet pour objet de protéger non seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle⁴. Quant à l'intérêt personnel⁵, il est également entendu très largement, puisqu'il peut être matériel, économique, professionnel ou moral⁶. La preuve de l'usage à des fins personnelles est grandement facilitée par le recours à une présomption : « s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant l'ont nécessairement été dans un intérêt personnel »⁷.

Le point de départ du délai de prescription, tel qu'il a été déterminé, il y a quelques années, par la Cour de cassation, a soulevé les critiques les plus vives. Alors qu'en général, pour une infraction instantanée, le délai a pour point de départ le jour où le délit a été commis (art. 7 et 8 C. pr. pén.), en ce domaine il a d'abord été fixé du jour où « le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »⁸, ce qui signi-

1. Crim. 27 oct. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 869, B. Boulloc ; *Droit Pénal* 1998, n° 21, J.H. Robert ; *Bull. Joly* 1998, p. 11, n° 2, J.-F. Barbière ; sur l'évolution de cette jurisprudence, Ph. Merle, *BCNCC* 1997, p. 511. Crim. 10 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 952, n° 191, J. F. Barbière (voyage offert à un client potentiel).

2. Crim. 30 sept. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 356, B. Boulloc. Peu importe également l'approbation du conseil d'administration, Crim. 22 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 45, n° 6, J. F. Barbière ; *Rev. sociétés* 2005, p. 200, B. Boulloc.

3. Crim. 26 mai 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 771, B. Boulloc.

4. A. Dekeuwer, *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, *JCP E* 1995, I, 500. Cf. par ex. Crim. 30 sept. 1991 *RJDA* 1992, p. 32, n° 44 ; Crim. 26 mai 1994, préc.

5. L'incrimination n'exige pas que l'utilisation des biens sociaux ait eu lieu à des fins exclusivement personnelles, Crim. 25 oct. 2006 (*aff. Lagardère*) *Bull. Joly* 2007, p. 243, n° 47, J. F. Barbière ; *Rev. sociétés* 2007, p. 146, B. Boulloc.

6. Sur la recherche d'un prestige ou d'une notoriété politique, caractéristique d'un abus de biens, Crim. 20 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 855, n° 310, J.-F. Barbière ; *Rev. sociétés* 1997, p. 581, B. Boulloc ; *D.* 1999, p. 28., D. Boccara ; Crim. 15 sept. 1999 (*aff. Crasnianski*), *Bull. Joly* 2000, p. 65, n° 12, C. Mascala ; *D. aff.* 2000, p. 319, A. Médina ; Crim. 14 nov. 2007, *BRDA* n° 24-2007, p. 3 (maintien de bonnes relations avec un tiers). H. Matsopoulou, *Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux*, *D.* 2005, p. 2075. Comp. J.P. Brouillaud, *Faut-il supprimer la notion d'intérêt personnel dans la définition de l'abus de biens sociaux ?* *D.* 2008, p. 75.

7. Crim. 11 janv. 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 586, B. Boulloc ; Crim. 31 janv. 2007 (*aff. Elf*) *Rev. sociétés* 2007, p. 379, B. Boulloc ; Crim. 24 sept. 2008, *JCP E* 2009, 1073, J. H. Robert ; *Rev. sociétés* 2009, p. 174, H. Matsopoulou (disparition du stock). Sur la charge de la preuve, lorsque le prélèvement n'est pas occulte, Crim. 1^{er} mars 2000, *D. aff.* 2000, p. 214, A. Lienhard. Le rapport Marini proposait que deux éléments soient cumulativement remplis pour qu'il y ait abus de biens sociaux : atteinte aux intérêts patrimoniaux de la société et recherche d'un enrichissement personnel de l'auteur (p. 112).

8. Crim. 13 févr. 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 692, B. Boulloc ; Crim. 6 sept. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 61, n° 19, E. Dezeuze (date du changement de contrôle). Cf. G. Stéfani, G. Levasseur et B. Boulloc, *Procédure pénale*, Précis Dalloz 1996, n° 147. Comp. en cas de dissimulation, Crim. 13 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 182, n° 34, J.-F. Barbière ; *Rev. sociétés* 2000, p. 360, B. Boulloc ; *JCP E* 2000, p. 1380, D. Ohl.

fait en pratique que la prescription ne courait que du jour où l'information était portée à la connaissance du Parquet par un commissaire aux comptes dans le cadre d'une révélation de faits délictueux, par de nouveaux dirigeants, par un administrateur judiciaire ou un représentant des créanciers désigné à la suite de l'ouverture d'une procédure collective. Cette solution a fait dire à certains que l'abus de biens sociaux était devenu un « délit imprescriptible »¹.

Cette jurisprudence permettait de poursuivre, grâce à ce retard du point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux, des agissements frauduleux qui sous leur qualification normale auraient été prescrits, par exemple le délit de corruption. La même solution s'applique également en cas de recel d'abus de biens sociaux². Ces différents arrêts ont étendu considérablement le champ d'application de « l'ABS ».

Cependant, la Cour de cassation, dans un souci d'apaisement, a modifié sa position traditionnelle en décidant que « la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société »³.

Ce principe reçoit exception en cas de dissimulation puisqu'alors la prescription ne court qu'à compter du jour de la révélation⁴.

La Chambre criminelle a précisé sa position dans l'hypothèse d'une convention à exécution successive aboutissant à mettre périodiquement à la charge de la société des dépenses indues (par ex. un contrat de travail fictif). Elle considère que l'abus de biens sociaux est une infraction instantanée consommée lors de chaque usage abusif des biens de la société, de telle sorte que l'usage constitutif de l'abus résulte non pas de la convention litigieuse mais de ses modalités d'exécution⁵. Autrement dit, chaque paiement peut constituer une nouvelle infraction !

1. X. de Roux et K. Bougarthév, préc. p. 1026 s. Cf. Ch. Freyria, *Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires ?* JCP E 1996, I, 563. Comp. J.-F. Renucci, *Infractions d'affaires et prescription de l'action publique*, D. 1997, Chron. 23. V. les propositions du rapport Marini, p. 110.

2. Crim. 3 mai 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 811, B. Boulloc ; Crim. 6 févr. 1997 (aff. Botton, Noir) *Rev. sociétés* 1997, p. 146, B. Boulloc ; *Bull. Joly* 1997, p. 291, n° 118, J.-F. Barbiéri ; D. 1997, p. 334, J.-F. Renucci ; H. Matsopoulou D. aff. 1997, p. 784 ; Crim. 27 oct. 1997, préc. (aff. Carignon) ; Crim. 14 mai 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 806, B. Boulloc ; *Bull. Joly* 1998, p. 1145, n° 351, J.-F. Barbiéri.

3. Crim. 27 juin 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1117, n° 251, J. F. Barbiéri. V. déjà, Crim. 5 mai 1997, *Rev. sociétés* 1998, p. 127, B. Boulloc.

4. Crim. 25 oct. 2006, *Rev. Sociétés* 2006, p. 365, B. Boulloc ; D. 2006, p. 2790, A. Lienhard ; Crim. 14 mai 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 1043, n° 221, J. F. Barbiéri (lettre anonyme) ; Crim. 16 nov. 2005, JCP E 2006, 2161, Ph. Conte ; *Rev. sociétés* 2006, p. 602, B. Boulloc ; Crim. 8 mars 2006, JCP E 2006, 1954, J. H. Robert (incidence d'une fraude fiscale sur le point de départ). L. Saenko, *La notion de dissimulation en matière d'abus de biens sociaux : évolution ou dérive ?* RTD com. 2005, p. 671.

5. Crim. 8 oct. 2003 (aff. Société Lambda / Matra-Hachette) JCP E 2004, 425, J. H. Robert ; *Rev. sociétés* 2004, 155, B. Boulloc ; *Bull. Joly* 2004, p. 54, n° 6, J. F. Barbiéri ; *Dr. sociétés* 2004, n° 68, R. Salomon et déjà Crim. 28 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1147, n° 238, J. F. Barbiéri. Adde,

Le rapport Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires ¹ a proposé de fixer un point de départ de la prescription fixe, correspondant à la date des faits délictueux, quelle que soit la date de leur découverte. En contrepartie, le délai de prescription serait augmenté en fonction de la pénalité encourue (de trois ans à sept ans lorsque le délit est puni d'une peine égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement) ².

Concernant l'action civile, la jurisprudence considère que le délit d'abus de biens sociaux ne cause de préjudice direct qu'à la société. Cette action peut donc être exercée par la société elle-même (action sociale *ut universi*) ³ ou par un actionnaire (action sociale *ut singuli*) ⁴. En revanche, la jurisprudence estime qu'un actionnaire ne peut pas se porter partie civile à titre individuel, en cas de perte de valeur de ses titres résultant d'un « ABS » commis par un dirigeant ⁵. La même solution est donnée pour les créanciers de la société ou les tiers, qui ne peuvent invoquer devant le juge pénal qu'un préjudice qui, à le supposer établi, ne serait qu'indirect ⁶.

Sur l'abus de biens sociaux dans les groupes de sociétés, cf. *infra*, n° 671.

Y. Mayaud, *Appel à la raison ou pour une approche cohérente de la prescription de l'abus de biens sociaux*, D. 2004, p. 194.

1. Rapport préc., janv. 2008, p. 101 s.

2. Selon le garde des Sceaux, cette proposition devrait être reprise dans un projet de loi, cf. R. M. JO *déb. Ass. nat.* 10 juin 2008, p. 4917.

3. V. par ex. Crim. 29 juin 2005, *Dr. sociétés* 2006, n° 47, R. Salomon ; Crim. 8 mars 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 115, R. Salomon (recevabilité de l'action du liquidateur) ; Crim. 9 mars 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 886, B. Boulloc (irrecevabilité de la société mère).

4. Crim. 28 janv. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 678, n° 132, J. F. Barbiéri ; *Rev. sociétés* 2004, 405, B. Boulloc ; *Dr. sociétés* 2004, n° 114, R. Salomon ; Crim. 14 déc. 2004, D. 2005, p. 432, A. Lienhard (pas de mandataire *ad hoc*) ; Crim. 3 oct. 2007, *JCP E* 2008, 1280, n° 7, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker (mise en cause de la société).

5. Crim. 14 juin 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 151, R. Salomon ; Crim. 5 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 492, n° 107, crit. H. Le Nabasque ; Crim. 18 sept. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 63, n° 11, J. F. Barbiéri. Cependant, le délit de présentation ou de publication de comptes ne donnant pas une image fidèle de la situation de la société peut causer un préjudice direct aux actionnaires qui sont alors recevables à agir, Crim. 30 janv. 2002 (aff. Haberer), *RJDA* 2002, p. 545, n° 646. Sur la justification de cette distinction, cf. rapport Cour de cassation pour 2002, p. 540.

6. Par ex. Crim. 28 févr. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1035, n° 211, C. Mascala ; *Rev. sociétés* 2006, p. 389, B. Boulloc (irrecevabilité de l'agent judiciaire du Trésor) ; *Rev. sociétés* 1995, p. 746, B. Boulloc. Cf. A. Dekeuwer, *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, *JCP E* 1995, I, 500. Sur l'action civile d'un créancier social contre le dirigeant d'une société soumise à une procédure collective, Crim. 30 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1205, n° 323, J.-J. Daigre ; Sur l'action civile de la société contre ses anciens dirigeants, Crim. 16 févr. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 646, B. Boulloc ; *Bull. Joly* 1999, p. 650, n° 143, D. Ohl ; *JCP E* 1999, p. 1633, J.H. Robert ; Crim. 27 oct. 1999, *Rev. sociétés* 2000, p. 364, B. Boulloc (syndicat) ; Crim. 23 mars 2005, *JCP E* 2005, 1230, J. H. Robert (salariés) ; Crim. 28 janv. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 827, n° 166, G. Auzéro ; *Dr. sociétés* 2004, n° 158, R. Salomon (salariés se plaignant d'une atteinte à leur réserve de participation) ; Crim. 23 févr. 2005 (2 esp.) *BRDA* n° 11-2005, p. 4 ; *Bull. Joly* 2005, p. 845, n° 190, P. Scholer (rejet de la constitution de partie civile de salariés et d'un syndicat de salariés). Cependant, la Chambre criminelle a admis dans l'affaire *Carignon* la recevabilité d'une association de consommateurs, Crim. 27 oct. 1997 préc. ; cf. également dans un groupe, Crim. 6 févr. 1996, *JCP E* 1996, II, 837, J. F. Renucci et O. Meyer ; Crim. 28 juill. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 63, n° 11, J. F. Barbiéri ; Crim. 27 oct. 1999, *RJDA* 2000, p. 237, n° 285.

Pour sa part, le juge fiscal ne condamne pas systématiquement les actes illicites commis par les dirigeants ¹. Seules sont sanctionnées les opérations poursuivies à des fins étrangères aux intérêts de l'entreprise, cet intérêt étant apprécié à court terme. Ainsi considère-t-il que la seule circonstance que les activités auxquelles se serait livré un dirigeant auraient un caractère délictuel ne suffit pas à établir que ces activités n'ont pas été effectuées pour le compte et dans l'intérêt de l'entreprise ².

Néanmoins, en ce qui concerne l'abus de biens sociaux, il semblerait qu'il considère qu'un tel acte consiste, par essence même, en un acte anormal de gestion ³.

§ 4. Le président du conseil d'administration

417 Évolution ◇ Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, les administrateurs pouvaient choisir parmi eux un directeur (administrateur délégué) ou se substituer un mandataire étranger à la société (directeur général). La loi du

1. Sur cette question, A. Fauchon, *La preuve de l'acte anormal de gestion*, in *La preuve*, sous la direction de C. Puigelier, *Études juridiques* 19, Litec, 2004, spéc. n° 20 s.

2. CE 7 janv. 2000, *Philippe*, *RJF* 2/00, n° 162 ; *Dr. fisc.* 2000, n° 11, comm. 204 ; *RTD com.* 2000, p. 760, n° 6, F. Deboissy (déductibilité du montant de la condamnation civile contre un chef d'entreprise à la suite de son activité de recel de marchandises, dès lors qu'il n'est pas établi que cette activité délictueuse n'a pas été effectuée pour le compte et dans l'intérêt de l'entreprise, alors même qu'il s'expose à terme au risque réel d'être condamné au plan civil, indépendamment de toute condamnation pénale). Le commissaire du gouvernement, s'appuyant expressément sur l'évolution de la jurisprudence de la Chambre criminelle relative à l'abus de biens sociaux, avait au contraire conclu à la non-déductibilité des sommes en cause pour risque excessif, l'entrepreneur ayant encouru dès l'origine le risque de subir la peine à laquelle il a été finalement et effectivement condamné. Égal., CE 30 déc. 2002, *Prieur* : *RJF* 3/03, n° 260 ; *Dr. fisc.* 2003, n° 20, comm. 370. Sur la non-déductibilité des amendes pénales, *supra* n° 97.

3. V. *supra* n° 52-1. En ce sens, v. concl. J. Delmas-Marsalet, sous CE 10 janv. 1973, *Dr. fisc.* 1974, n° 8, comm. 223 (la notion d'acte anormal de gestion « ne doit être appliquée qu'aux actes que l'on qualifierait, en droit des sociétés, de détournement des fonds sociaux »). Pour une position plus nuancée, F. Deboissy, *De l'abus de biens sociaux à l'acte anormal de gestion*, *RTD com.* 1999, p. 1002. Par ailleurs, il ressort d'une jurisprudence abondante que toute distribution occulte effectuée par un dirigeant l'a été nécessairement dans son intérêt personnel (sauf justification de leur utilisation dans le seul intérêt de la société) ; Crim. 27 mars 2002, *Peyrard*, *BRDA* 12/02, p. 3, n° 2. Une société peut être amenée à subir *fiscalement* les conséquences de certains délits commis par ses dirigeants (vols et détournements) alors même qu'elle en serait la principale victime. De telles mésaventures peuvent se traduire par une charge déductible pour la société si le détournement est le fait d'un salarié n'ayant pas la qualité de mandataire social et qu'il a été opéré à l'insu des dirigeants, sauf en cas de comportement délibéré ou de carence manifeste de ces derniers : CE 5 oct. 2007, *Alcatel CIT*, *RJF* 12/07, n° 1381 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 6, comm. 165 ; 6 juin 2008, *SA Gustave Muller*, *RJF* 10/08, n° 1058 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 39, comm. 507. Dans le cas où la même personne cumulerait les deux qualités, celle de salarié l'emporte (CE 14 févr. 2001, *SA Manufacture d'appareillage électrique de Cahors*, *Dr. fisc.* 2001, n° 36, comm. 748). La déductibilité sera également refusée si le détournement, opéré ou non à l'insu des dirigeants, est le fait d'un associé (le droit fiscal considère qu'il y a alors distribution irrégulière de bénéfices, or les distributions ne sont jamais déductibles). Une société ne peut pas non plus constituer des provisions correspondant à de tels fonds : CE 21 févr. 2005, *Sté Jurisfisca* : *RJF* 5/05, n° 430. Entre les mains du dirigeant auteur du détournement, ces fonds constituent des distributions irrégulières de bénéfices imposables dans la catégorie des BNC : CE 30 avr. 2003, *Cohen* : *RJF* 8-9/03, n° 1031 ; 25 juill. 2007, *Arnaudo* : *RJF* 12/07, n° 1426.

16 novembre 1940 réagit contre l'éparpillement des responsabilités ¹ en instituant comme chef de la société anonyme, le Président-directeur général (PDG). La loi du 4 mars 1943 précisa les conditions dans lesquelles il pouvait se faire assister d'un directeur général adjoint. Il était également prévu que, temporairement, un administrateur ou un tiers pouvait être délégué dans les fonctions de président.

La loi de 1966 a repris cette réglementation en simplifiant la terminologie. Le texte n'utilise plus le terme de Président-directeur général, mais emploie celui de président du conseil d'administration. La pratique a cependant continué à utiliser le sigle plus flatteur de « PDG », qui correspond d'ailleurs à son rôle effectif dans la société.

À la fin des années 1990, des critiques de plus en plus nombreuses se sont développées envers l'omnipotence des pouvoirs des PDG ², reprochant à certains de composer leur conseil d'administration à leur guise et d'échapper ainsi à tout contrôle sérieux, à d'autres, parfois les mêmes..., de gouverner la société essentiellement grâce à l'utilisation des pouvoirs en blanc renvoyés par les actionnaires (*infra*, n° 470). Contre ce pouvoir autocratique, la loi NRE a réagi, dans l'esprit de la *corporate governance* anglo-saxonne, en demandant aux conseils d'administration des SA de choisir entre la dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général de la société, et le maintien du cumul des fonctions sur la tête du PDG ³.

Aux États-Unis, le *Chairman of the board* (*Chairman*), avec les *directors*, exerce une fonction de surveillance. Son rôle est modeste. Les *officers*, sous le contrôle du *Chief Executive Officer* (CEO), assurent la direction quotidienne de la société. Les sociétés américaines, n'optent qu'à hauteur de 10 % pour la dissociation des fonctions de *Chairman* et de CEO, contrairement aux sociétés du Royaume-Uni pour lesquelles la proportion est inverse (Rapport Korn-Ferry 2000, p. 10).

Cette réforme importante de la loi NRE n'est qu'un retour à la situation française antérieure à 1943 ! La dissociation est surtout utilisée dans des hypothèses de transmission de pouvoirs : le PDG atteint par la limite d'âge reste président du conseil, **président non exécutif**, et confie la direction générale à un « héritier » qu'il a choisi. C'est ce qui s'est passé pour d'importantes sociétés cotées : *BNP-Paribas*, *Renault*, *Vinci*, *L'Oréal*, *Sanofi-Aventis*, *Total*, *Lafarge*, *Saint-Gobain* ou encore la *Société Générale*, pour d'autres raisons il est vrai... ⁴. On peut cependant s'interroger sur l'efficacité de ce modèle : généralement, le nouveau directeur général, « apprenti

1. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, n° 652.

2. V. par ex. J. Peyrelevade, *Le gouvernement d'entreprise ou les fondements incertains d'un nouveau pouvoir*, Economica 1999.

3. J.-P. Bouère, *P-DG ou président et directeur général ?* Bull. Joly 2001, p. 695, n° 164 ; S. de Vendeuil, *NRE et dissociation des fonctions du président du conseil et de directeur général*, JCP E 2001, p. 1315 ; G. Baranger, Bull. Joly 2001, p. 545, n° 148.

4. A la suite de l'affaire Kerviel, le PDG de la banque, M. Bouton, a dû abandonner ses fonctions de directeur général au profit de M. Oudéa (*Les Echos* 18-19 avril 2008).

PDG » ne va-t-il pas avoir du mal à s'imposer, compte tenu de la présence à la tête du conseil d'administration de celui qui pendant de nombreuses années a dirigé et incarné l'entreprise ? La période de transition passée, il n'est désormais pas rare que les fonctions de président et de directeur général soient de nouveau confiées à une même personne ¹. Il est certainement plus satisfaisant que ceux qui contrôlent soient dans un organe différent de ceux qui dirigent, comme en offre la possibilité la SA avec directoire et conseil de surveillance ².

En ce qui concerne les rémunérations versées à l'ancien PDG devenu président du conseil d'administration, l'examen des rapports annuels montre que peu de présidents non exécutifs ont accepté que leur rémunération soit « adaptée » à leurs nouvelles fonctions ³.

Le problème ne se pose pas dans les SA non cotées où la dissociation est exceptionnelle.

Ce sont les statuts qui déterminent les conditions dans lesquelles le conseil d'administration choisit entre les deux modalités d'exercice de la direction générale de la société : celle-ci est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général (art. L. 225-51-1).

A. Statut du président

Le statut du président du conseil d'administration de la société anonyme est le même, que ses fonctions soient dissociées ou non. Simplement, si le conseil lui confère les fonctions de PDG, viendra se greffer sur ce statut présidentiel « de base » celui de directeur général (art. L. 225-51-1, al. 3).

418 Nomination ◇ C'est le conseil d'administration ⁴ qui élit ⁵ parmi ses membres un président ⁶, qui doit être une personne physique, à peine de

1. Par ex. Rhodia, TF 1, Lafarge, Air Liquide, Renault (*Les Echos*, 11 déc. 2008), Total (*Le Figaro*, 20 avril 2009),

2. Solution adoptée par Schneider Electric en mai 2006, l'ancien PDG, H. Lachmann, devenant président du conseil de surveillance et par Accor, lorsque les « pères fondateurs », P. Dubrule et G. Pélisson, ont pris leur retraite. Mais la solution a été abandonnée chez Accor (*Les Echos* 25 févr. 2009).

3. V. l'étude de La Tribune, 10 avril 2009, p. 2, *Ce que gagnent les présidents non exécutifs du CAC 40*,

4. Si c'est un conseil irrégulièrement composé qui avait désigné le président, l'assemblée générale serait incompétente pour réparer le vice, une telle désignation entrant dans les attributions exclusives du conseil d'administration, Com. 31 janv. 1968, D. 1968, p. 321. V. déjà Civ. 4 juin 1946, préc., *supra*, n° 404. Sur la promesse de l'actionnaire majoritaire de nommer un tiers président, Paris, 31 mars 1995, RJDA 1995, p. 1058, n° 1380.

5. Sur les conventions de vote entre administrateurs relatives à la désignation du président, v. *supra*, n° 393. Adde sur la nullité de la clause d'une convention prévoyant une alternance dans la dévolution de la présidence, Paris, 4 mai 1960, JCP 1960, II, 11745, D. Bastian ; D. 1960, p. 637, A. Dalsace.

6. Sur la pratique, critiquable, de certaines sociétés à nommer des co-présidents, cf. Bull. CNCC 73-1989, p. 112 ; S. de Vendeuil, JCP E 1995, panor. p. 410.

nullité de la nomination (art. L. 225-47, al. 1) ¹. Le président est nommé pour une durée qui ne peut pas excéder celle de son mandat d'administrateur. Mais il est rééligible (al. 2).

Le président peut, comme un simple administrateur, cumuler cinq mandats de président sur le territoire français ². Les sanctions et les exceptions à cette règle du non-cumul sont les mêmes que celles applicables aux administrateurs (*supra*, n° 378).

Les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions présidentielles une limite d'âge ³ qui, à défaut d'une disposition expresse, est fixée à soixante-cinq ans (sur l'inefficacité de cette mesure, v. *supra*, n° 377). Toute nomination qui interviendrait en violation de ces dispositions statutaires ou légales serait nulle (art. L. 225-48, al. 1 et 2). Lorsque le président atteint la limite d'âge, il est réputé démissionnaire d'office (al. 3) ⁴.

419 **Cessation des fonctions** ⁵ ◇ Les fonctions du président prennent fin par l'arrivée du terme, s'il en a été prévu un lors de la nomination, par la démission ⁶, par l'arrivée de la limite d'âge et... par son décès ⁷.

1. Sur l'absence de conséquence du défaut de publicité de la nomination pour une déclaration de créance, Com. 12 juill. 2004, *Dr. sociétés* 2004, n° 183, F. G. Trébulle.

2. Au lieu de deux auparavant... il est vrai que, pour un président « dissocié », la lourdeur de la tâche n'est plus ce qu'elle était ! (anc. art. L. 225-49 al. 1^{er}). Aucune dérogation n'est prévue pour les présidences exercées dans les groupes (cf. art. L. 225-21, al. 2 *in fine*).

3. Cf. pour les administrateurs, *supra*, n° 378.

4. Soc. 11 oct. 1978, *Rev. sociétés* 1979, 68, D. Randoux.

5. La cessation de ses fonctions par un dirigeant social ne met pas fin aux obligations du **cautionnement** qu'il a contracté pour une durée indéterminée afin de garantir les dettes sociales, dès lors qu'il n'a pas fait de l'exercice de ses fonctions une condition de son engagement, Com. 3 nov. et 6 déc. 1988, D. 1989, p. 185, L. Aynès ; *Rev. sociétés* 1989, 221, Ph. Delebecq ; Com. 30 mai 1989, *Banque* 1989, 859, J.-L. Rives-Lange ; Com. 24 avr. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 631, n° 173.

6. La démission est opposable à la société dès qu'elle est donnée et non après accomplissement des formalités de publicité, puisque le président et la société ne sont pas des tiers, Soc. 12 oct. 2005, *RTD com.* 2006, p. 136, P. Le Cannu. Sur le caractère irrévocable de la démission, Paris, 4 oct. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 1115, n° 387, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1992, p. 122, Y.G. Dans certaines sociétés fermées ou dans certaines filiales françaises de sociétés étrangères, le président nouvellement élu signe immédiatement une **lettre de démission non datée** remise à l'actionnaire majoritaire ou au chef de file de la majorité. Le moment venu, au lieu d'une décision mettant fin aux fonctions du président, la lettre de « démission » sera utilisée. Rien n'interdit de restituer à la cessation des fonctions sa véritable qualification, et des dommages-intérêts pourront être alloués au président « démissionné » qui prouvera avoir été abusivement révoqué, Paris, 3 avr. 1963, D. 1963, p. 646, A. Dalsace. La démission ne doit pas être abusive, Paris, 12 mai 1993, *RTD com.* 1993, p. 536, Y. Reinhard ; Paris, 31 oct. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 66, D. Vidal ; Versailles, 11 juin 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1167, n° 358, R. Baillod (caractère intempestif).

7. En cas de décès du président ou d'empêchement temporaire, le conseil d'administration peut déléguer un administrateur dans les fonctions de président (art. L. 225-50).

Le président est également révocable à tout moment par le conseil d'administration¹, sans qu'il soit donc besoin de justifier cette révocation. Toute disposition contraire est réputée non écrite (art. L. 225-47, al. 3)². La jurisprudence est hostile aux « parachutes dorés » dès lors que par leurs conséquences financières importantes, elles dissuadent le conseil d'administration d'exercer sa faculté de révocation³.

C'est ainsi que porte atteinte au principe de libre révocabilité du président l'engagement par lequel une société, en cas de cessation de ses fonctions, devrait lui racheter ses actions⁴, lui accorderait un préavis d'un an⁵, ou encore, soit lui accorderait un nouveau contrat de travail, soit lui verserait une indemnité⁶. Cependant, les juges admettent la validité de ces clauses lorsque leur mise en œuvre ne représente qu'une dépense relativement peu élevée et n'est pas susceptible d'avoir une incidence réelle sur la décision de révocation⁷.

1. B. Saintourens, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, *Bull. Joly* 2005, p. 667, n° 152. La révocation n'a pas à figurer à l'ordre du jour, Versailles 20 janv. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 763, n° 165.

2. J. Delga, *Révocation sans indemnités des PDG de SA en France — Mythe ou réalité ?* D. aff. 1996, p. 763. V. sur un contrôle de l'intérêt social de la révocation, Paris, 8 avr. 1994, *RTD com.* 1994, p. 520, B. Petit et Y. Reinhard. Sur l'obligation de non concurrence du président révoqué, cf. *Com.* 23 janv. 1978, D. 1979, IR 108, J. Cl. Bousquet.

3. V. les références citées *supra* n° 386, en particulier J. El. Ahdab, *Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée*, *Rev. sociétés* 2004, p. 18. Sur la condamnation pour dol de la société qui avait consenti un « parachute », en sachant qu'il était nul, T. com. Paris, 21 oct. 1996, *JCP E* 1997, I, 710, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RJDA* 1997, p. 722, n° 1051. Sur la responsabilité de l'avocat pour un parachute qui n'a pas fonctionné, Aix-en-Provence 18 févr. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 948, n° 199, Ph. Merle.

4. Paris, 30 oct. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 695, D. Schmidt, *RTD com.* 1979, p. 271, n° 22, R. Houin ; Versailles, 11 juill. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 1008, n° 353, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1992, p. 122, Y.G. ; *JCP E* 1992, I, 120, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain (nullité d'une promesse de rachat d'actions) ; Paris, 14 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 185, n° 44, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1994, n° 77, H. Le Nabasque (caractère léonin du rachat d'actions à prix fixe) ; Paris 9 mars 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 865, n° 186, P. Scholer (défaut d'incidence d'un pacte familial).

5. *Com.* 17 janv. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, I, 389, J. Dupichot.

6. *Com.* 3 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 863, n° 307, A. Couret ; *JCP E* 1995, I, 505, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain (illicéité d'une indemnité de départ égale à deux années de salaire) ; Soc. 15 mars 1983, *Rev. sociétés* 1983, 353, Y. Chartier ; *JCP* 1983, II, 20002, A. Viandier ; Paris, 30 avr. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 626, n° 259, L. Faugérolas ; Versailles, 1^{er} déc. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 172, n° 47 ; *JCP E* 1989, II, 15517, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain (indemnité promise par un tiers, qui, en l'espèce, était la société-mère) ; Versailles, 10 mai 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 770, n° 228 (convention nulle au regard de la société, mais engageant personnellement le cessionnaire) ; Paris, 26 sept. 1991, *Dr. sociétés*, 1992, n° 34, H. Le Nabasque ; Paris, 5 juill. 1996, *JCP E* 1997, I, 639, n° 7, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1996, p. 1028, n° 374, P.L.C. ; comp. *Com.* 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1311, n° 368, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1995, p. 434, B. Petit et Y. Reinhard (application de la procédure des articles L. 225-38 s.).

7. *Com.* 7 févr. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 334, n° 113, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1989, 643, Y. Chartier ; *Com.* 12 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 516, n° 176, N. Rontchevsky (validité d'une promesse de rachat d'actions faite d'établir en quoi la société promettante pouvait influencer sur la révocabilité du président) ; Paris 16 nov. 2005, *BRDA* n° 8-2006, p. 2 (validité d'une indemnité de départ prévue dans un pacte d'actionnaires).

Dans les sociétés cotées, depuis la « loi Breton » du 26 juillet 2005 et la « loi TEPA » du 21 août 2007, ces parachutes sont soumis à la procédure des conventions réglementées et leur octroi dépend des performances de l'intéressé et de l'entreprise (art. L. 225-42-1 ; v. pour une présentation détaillée, *supra* n° 400 *in fine*).

Cette révocabilité *ad nutum* met le président sous la dépendance totale de son conseil ¹. Pour la Cour de cassation, « la révocation du président du conseil d'administration d'une société peut intervenir à tout moment, sans préavis ni précisions de motifs, ni indemnité, et ne peut, dès lors, donner lieu à dommages-intérêts qu'en cas d'abus commis dans l'exercice de ce droit » ². C'est dire que le président, comme l'administrateur (*supra*, n° 386), ne peut obtenir des dommages-intérêts que si les circonstances dans lesquelles sa révocation est intervenue ont porté atteinte à son honneur ou si elle a été décidée brutalement, par exemple sans respecter le principe de la contradiction ³.

En outre, le président cesse ses fonctions dès qu'il n'est plus administrateur : si le conseil d'administration ne veut pas révoquer son président, l'assemblée des actionnaires, qui le souhaite, pourra donc parvenir à ce résultat en le révoquant de ses fonctions d'administrateur ⁴.

420 Situation juridique, fiscale et « sociale » ◇ Comme l'administrateur, le président du conseil d'administration n'est pas, à ce titre, commerçant ⁵. Seule la société a cette qualité (art. L. 210-1). Cependant, si la société qu'il dirige est mise en procédure collective, lui-même peut se voir appliquer à titre personnel les dispositions du livre VI du Code de commerce relatif aux difficultés des entreprises (*infra*, n° 424).

1. Cette dépendance (certains vont jusqu'à parler de subordination, cf. J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 245) ne doit néanmoins pas être exagérée : d'une part, dans les petites sociétés familiales, le président détient généralement la plus grande partie des actions ; d'autre part, dans les sociétés importantes, le président est le plus souvent le chef de file du ou des groupes qui contrôlent la société et ont la majorité des sièges au conseil.

2. Com. 21 juin 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 687, n° 226 ; JCP E 1989, II, 15 415, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris, 20 oct. 2000, *D. aff.* 2000, p. 432, n° 42, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2000, p. 178, n° 48 (clause de continuité de fonctions) ; Paris, 13 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 176, n° 47 ; *Rev. sociétés* 2001, p. 131, Y. Guyon.

3. Com. 13 nov. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 551, n° 105, D. Vidal et F. Pujol (dénigrement auprès des salariés, préjudice) ; Com. 26 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 141, n° 47, C. Priéto ; D. 1997, p. 493, D. Gibirila ; JCP E 1997, I, 639, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; II, 918, Ph. Reigné ; *Dr. sociétés* 1997, n° 12, D. Vidal ; cf. également Paris, 4 sept. 1998, *RJDA* 1998, p. 1027, n° 1369 (urgence non justifiée, brutalité et atteinte à l'honorabilité) ; Sur une absence d'abus, Com. 12 mai 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1275, n° 258, D. Vidal et F. Pujol. Rapp. sur la perte de chance de rester président, à la suite du refus par le cédant d'honorer la garantie de passif qu'il avait souscrite, Paris, 28 sept. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 375, n° 77, B. Petit.

4. Ce qui est arrivé au président de la *Compagnie de Navigation Mixte*, lors de l'AGO du 23 juin 1995.

5. Com. 14 nov. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 67, n° 10, P. Le Cannu ; JCP E 1990, II, 15784, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain (preuve du cautionnement donné par le président). Paris, 20 janv. 1998, *BRDA* n° 6-1998, p. 3.

Le président, en cette qualité, n'est pas salarié de la société ¹ et ne bénéficie donc d'aucune des protections de l'emploi offertes par le droit social. Sa **rémunération** ² se compose des jetons de présence qu'il reçoit en qualité d'administrateur (*supra*, n° 390), d'une somme fixe et d'une somme variable, sous forme de **bonus**, déterminée par le conseil d'administration (art. L. 225-47, al. 1) ³. Le bonus des PDG du CAC 40 tend à récompenser la contribution personnelle des dirigeants à la performance de la société. La fixation du bonus donne lieu à des pratiques très contrastées ⁴.

« La rémunération allouée au président... doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités » ⁵ Le conseil d'administration a une compétence exclusive et il ne pourrait pas déléguer ses pouvoirs à un « comité des rémunérations » qui serait chargé, pour des raisons de discrétion, de fixer lui-même cette rémunération. Un tel comité ne peut donner qu'un avis (art. R. 225-29, al. 2).

Le rapport Viénot I (*supra*, n° 248) a souhaité que soient développés les **comités des rémunérations**, chargés de proposer la rémunération des mandataires sociaux ainsi que parfois les plans de souscriptions ou d'achat d'actions. Afin d'échapper à certaines critiques, le rapport recommande d'éviter de nommer dans le comité des rémunérations d'une société A, un administrateur venant d'une société dans le comité analogue de laquelle siégerait réciproquement un administrateur venant de la société A ⁶. En 2006,

1. F. Collin, *Le droit social du dirigeant d'entreprise ; la problématique du contrat de travail du dirigeant social*, *Dr. sociétés* juin 2005, p. 7 ; juill. 2005, p. 7 ; Soc. 14 juin 2005, *BRDA* 13-2005, p. 4 (suspension du contrat de travail du salarié qui accède à la fonction de PDG, sans remplir les conditions du cumul).

2. G. Lyon-Caen, *Encore la rémunération des PDG*, *D. aff.* 1996, p. 162.

3. Paris, 28 oct. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 55, n° 12, E. Lepoutre (auto-rémunération du président décidée par surprise). Sur la possibilité pour le conseil de modifier la rémunération du président, en cas de démission, TGI Paris, 26 oct. 1999 (*aff. Pétriat*) *Bull. Joly* 2000, p. 538, n° 118, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2000, n° 31, D. Vidal ; sur la suppression des avantages consentis à un ancien PDG, Com. 14 déc. 2004 (*aff. Le Floch-Prigent*) *Bull. Joly* 2005, p. 506, n° 104, P. Le Cannu.

4. Cf. *Critères de performance : un inventaire à la Prévert*, *Les Echos* 23 avril 2008, p. 30. Les enquêtes de presse montrent que la plupart des anciens PDG des sociétés du CAC 40 n'ont que peu « adapté » leurs rémunérations à leurs nouvelles fonctions non exécutives (cf. par ex. *La Tribune* 10 avril 2009).

5. Com. 4 juill. 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 504, P. Le Cannu ; D. 1996, p. 186, J. Cl. Hallouin ; *JCP E* 1995, I, 505, n° 9, A. Viandier, J.-J. Caussain et II, 1750, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1995, p. 968, n° 350, J.-F. Barbiéri ; *RTD com.* 1996, p. 69, B. Petit et Y. Reinhard ; Com. 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 391, n° 77, D. Vidal ; *Dr. sociétés* 2005, n° 50, H. Hovasse, *RTD com.* 2005, p. 119, P. Le Cannu (nécessité d'une autorisation préalable, pas de ratification possible) ; *BCNCC* n° 99-1995, p. 327, Ph. Merle-V. déjà, E. du Pontavice, *BCNCC* 1974, p. 430. Le juge fiscal sanctionne également cette rémunération si elle n'a pas été régulièrement approuvée par le conseil d'administration, en refusant sa déductibilité : CAA Bordeaux 10 avr. 2001, *Sté Sodatec*, *RJF* 8-9/01, n° 1046 ; *Dr. fisc.* 2002, n° 7, comm. 124, (absence de décision préalable du conseil malgré une délibération ultérieure) ; CE 6 avr. 2001, *SA LPB-Interim*, *RJF* 7/01, n° 930 (absence de toute délibération). Ou encore, en refusant au concerné la qualité de dirigeant de droit pouvant prétendre à l'exonération d'ISF (voir ci-dessous), au titre des biens professionnels : Com. 26 nov. 2003, *Mamet*, *RJF* 03/04, n° 326, *Dr. fisc.* 2003, n° 49, comm. 1136.

6. Rapport Viénot I, p. 20.

92 % des sociétés du CAC 40 comprenaient un comité des rémunérations composé à 85 % majoritairement d'administrateurs indépendants ¹.

La rémunération du président n'étant pas considérée comme une convention, n'est pas soumise à la procédure de contrôle des articles L. 225-38 et s. (*supra*, n° 400 *in fine*) ². Les actionnaires des sociétés cotées ont connaissance de cette rémunération et des avantages de toute nature (logement, voiture...) versés au président, comme d'ailleurs à tout mandataire social (art. L. 225-102-1, al. 1 et 2 ; *supra*, n° 390-1).

Toutefois, les juges peuvent annuler, comme abusive, l'augmentation substantielle d'une rémunération décidée par le conseil sur l'initiative de son président ³. Des poursuites pénales, pour **abus de biens sociaux**, peuvent même être intentées, lorsque, par exemple, la rémunération est manifestement excessive compte tenu de l'activité très réduite de la société, ou n'a pas été autorisée par le conseil ⁴.

Cette rémunération est souvent complétée par des **stock-options** ⁵ et des **actions gratuites** depuis la loi de finances du 30 décembre 2004 ⁶, qui font également l'objet d'une information auprès des actionnaires (art. L. 225-184) ⁷, ainsi que par l'octroi d'un **complément de retraite** en fin de mandat.

L'octroi d'un complément de retraite à l'ancien président est souvent source de polémiques ⁸, voire de contentieux ⁹. Depuis la « loi Breton » du 26 juillet 2005, et la loi TEPA du 21 août 2007, dans les sociétés cotées, l'attribution d'un complément de retraite est soumis à la procédure des conventions réglementées ainsi qu'aux performances du bénéficiaire et de la société (*supra*, n° 400 *in fine* ; art. L. 225-42-1 nouv.). La jurisprudence antérieure conserve toute sa valeur pour les présidents de **sociétés non cotées**. Selon les arrêts, le complément de retraite doit obligatoirement faire

1. Rapport AFEP, *Principes du gouvernement d'entreprise énoncés par le rapport AFEP-MEDEF d'octobre 2003 sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, sept. 2007, p. 18.

2. T. com. Paris, 26 mars 1976, *RJ com.* 1977, 413, Y. Chartier. Cf. cependant Versailles, 15 mai 1985, préc. n° 400, à propos d'une rémunération proportionnelle au chiffre d'affaires de la société. V. P. Le Cannu, *Rémunérations des dirigeants de société anonyme et contrôle des conventions*, *Bull. Joly* 1996, p. 567.

3. Paris, 30 mars 1977, préc., *Rev. sociétés* 1977, 470, J. Hémar (augmentation décidée alors que les pertes atteignaient six fois le capital).

4. Crim. 6 oct. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 133, B. Bouloc. *Rapp. Com.* 24 févr. 1987, *D.* 1987, p. 244, A. Bénabent.

5. *Infra*, nos 535 et 535-1, 537 et 537-1.

6. *Infra* n° 537 et 537-1.

7. Lors des assemblées générales de 2003, les actionnaires minoritaires très déçus par la chute des cours de bourse, ont eu tendance à contester les *stock-options* que se faisaient attribuer les dirigeants. Les études réalisées montraient que le salaire fixe des dirigeants des principales sociétés françaises ne constituait plus que 44 % de leur rémunération globale, le solde étant principalement représenté par les *stock-options* et, dans une moindre mesure, le bonus, les régimes sociaux et les avantages en nature (*La Tribune* 28 avr. 2003). La polémique a repris en 2009 avec le développement de la crise économique et financière.

8. Lors de l'AGO de 2005, les actionnaires de Carrefour ont appris que leur société avait provisionné 29 millions d'euros pour le programme additionnel de retraite de son président révoqué (« retraite chapeau »), *Les Échos* 21 avr. 2005.

9. Cf. S. de Vendeuil et S. Beaufre, *La pension de retraite du dirigeant social d'une société anonyme*, *JCP E* 2000, p. 1942 ; A. Charvériat, *Attribution d'une retraite à un dirigeant*, *RJDA* 1992, p. 439 ; v. par ex. pour le bénéfice d'un contrat d'assurance-vie, *Com.* 20 févr. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 989, n° 276, D. Poracchia.

l'objet d'une délibération du conseil d'administration sur son montant et ses modalités et la confirmation par simple référence à la décision d'un comité *ad hoc* ne peut suppléer à la décision du conseil d'administration ¹.

Selon la jurisprudence ², la pension de retraite doit s'analyser comme un complément de rémunération lorsque trois conditions sont remplies : l'avantage consenti est la contrepartie de services particuliers rendus par le président à la société pendant l'exercice de ses fonctions ; il est proportionné à ces services, enfin il ne constitue pas une charge excessive pour la société. En ce cas, il n'est pas soumis à la procédure de contrôle des articles L. 225-38 et s.

En revanche, si l'une de ces conditions n'est pas remplie, la pension est considérée comme une convention conclue entre la société et l'un de ses administrateurs et doit donc être soumise, après autorisation du conseil d'administration, à un vote de l'assemblée générale des actionnaires statuant sur rapport spécial du commissaire aux comptes (*id.*) ³.

Sur le plan fiscal ⁴, la situation du président est avantageuse dans la mesure où sa rémunération est soumise au régime des traitements et salaires ⁵ : il

1. Com. 6 févr. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1007, n° 279, A. Couret ; Com. 11 oct. 2005 (*aff. Conso-Ciments français*), *Rev. sociétés* 2006, p. 81, J. P. Mattout ; *Bull. Joly* 2006, p. 498, n° 98, D. Vidal ; *JCP E* 2005, 1796, H. Hovasse et 1834, n° 4, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *RTD com.* 2006, p. 133, P. Le Cannu ; D. 2005, p. 2743, A. Lienhard ; Com. 27 févr. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 85, D. Vidal et n° 99, F. X. Lucas ; *JCP E* 2001, p. 896, A. Viandier et J.-J. Caussain (lors d'une cession de contrôle, en cas défaut de délibération du conseil d'administration, action en responsabilité contre l'acquéreur qui s'est porté fort) ; Sur les conditions d'une modification par le conseil d'administration, Paris 1^{er} févr. 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 67, D. Vidal. Pour un contrat d'assurance-vie, Paris, 22 sept. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 428, n° 107, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2001, n° 47, F.X. Lucas.

2. Com. 3 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1987, I, 264, B. Hatoux ; *Rev. sociétés* 1987, p. 266, Y. Guyon ; Com. 10 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 521, n° 168, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1998, n° 67, D. Vidal ; *RTD com.* 1998, p. 353, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 376, B. Petit et Y. Reinhard ; *JCP E* 1998, p. 1126, D. Mielliet ; Com. 24 oct. 2000, *JCP E* 2001, p. 37, Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 2001, p. 95, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2001, n° 14, D. Vidal ; *Bull. Joly* 2001, p. 54, n° 17, M. Storck ; D. *aff.* 2000, n° 42, p. 434, M. Boizard ; *Petites Affiches* 28 févr. 2001, F.X. Lucas ; *RTD com.* 2001, p. 161, J.-P. Chazal et Y. Reinhard (pouvoir du conseil d'administration de modifier ou supprimer unilatéralement la rente viagère réversible qu'il avait attribuée au conjoint survivant) ; Com. 14 déc. 2004 (*Le Floch-Prigent*) *Rev. sociétés* 2006, p. 79, J. P. Mattout ; *JCP E* 2005, 1834, n° 5, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker (révocation d'avantages en nature consentis à l'ancien président).

3. Com. 3 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 821, n° 198, P. Le Cannu ; Com. 15 juill. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 710, n° 292 ; *JCP E* 1987, I, 16959, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1988, p. 73, n° 4, Y. Reinhard ; Soc. 14 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 655, n° 144 ; *RTD com.* 1999, p. 447, B. Petit et Y. Reinhard ; *JCP E* 1999, p. 1240, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1999, p. 616, B. Saintourens (société à directoire). Sur la nature d'une indemnité de départ allouée au président, Paris, 6 juin 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 144, D. Vidal.

4. *supra*, n°s 390 et 390-2.

5. Bien que le président n'ait plus, depuis la réforme introduite par la loi NRE, vocation en sa seule qualité à assurer la direction générale de la société, il conserve le bénéfice du statut des salariés. Sur le sort des dépenses engagées par le président qui se serait porté caution de la société à titre personnel, *supra* n° 191 ; sur le régime de faveur des plus-values mobilières cédées par les dirigeants de PME lors de leur départ à la retraite, *Infra* n° 315-1 ; sur la déductibilité par les salariés et assimilés (dirigeants) des intérêts d'emprunts souscrits pour l'acquisition de parts sociales, *infra* n° 534.

bénéficie de la déduction forfaitaire de 10 % ¹. Pour la société, cette rémunération constitue en principe une charge d'exploitation déductible ².

Par ailleurs, il convient de mentionner le régime fiscal des indemnités versées à l'occasion de la cessation de ses fonctions au président du conseil d'administration ³. Selon l'art. 80 duodécies-2 du CGI, constitue une rémunération imposable toute indemnité versée à cette occasion.

En cas de cessation forcée des fonctions ⁴, notamment de révocation, seule la fraction des indemnités qui excède certains montants est imposable (art. 80 duodécies CGI), soit :

- la moitié des indemnités retenue dans la limite de 205 848 € ⁵ ;
- le double de la rémunération brute annuelle de l'année civile précédant la cessation des fonctions, retenue dans cette même limite.

En pratique, c'est le plus élevé de ces deux montants qui sera retenu comme seuil de taxation, sauf s'il est supérieur à 205 848 €, auquel cas ce dernier montant constituera ledit seuil ⁶.

Exemple 1 : soit un président de conseil d'administration qui perçoit en 2009, à l'occasion de sa révocation, une indemnité de 400 000 € et dont la rémunération brute annuelle pour 2008 s'est élevée à 85 000 €. Les seuils d'exonération se montent à :

- 200 000 € (50 % de l'indemnité perçue) ;
- 170 000 € (double de la rémunération brute perçue en 2007).

C'est le premier de ces deux seuils, parce que le plus élevé tout en étant inférieur à 205 848 €, qu'il convient de retenir comme seuil d'exonération.

Exemple 2 : soit un autre président qui perçoit en 2009, à la même occasion,

1. Plafonnée à 13 893 € pour les revenus 2008 (art. 83-3° CGI).

2. Il convient, toutefois, de réserver le cas où cette rémunération ne correspondrait pas à un emploi effectif ou serait excessive eu égard à l'importance des services rendus (art. 39.1.1° CGI ; *supra* n° 390). Sur la déductibilité de l'indemnité de départ à la retraite versée à un mandataire social : CE 9 avr. 1999, *Roulet, Dr. fisc.* 1999, n° 42, comm. 760 ; 21 déc. 2007, *Sté UF Aciers, RJF* 5/08, n° 539.

3. Art. 80 ter CGI ; Instr. 31 mai 2000, BOI 5 F-8-00, n°s 36 s. Ces mesures concernent également dans les sociétés anonymes, le directeur général, le directeur général délégué, les membres du directoire et tout administrateur ou membre du conseil de surveillance chargé de fonctions spéciales. Sont également visés les gérants minoritaires des SARL, ainsi que dans les autres entités passibles de l'impôt sur les sociétés, les dirigeants soumis au régime fiscal des salariés.

4. CAA Lyon 13 déc. 2007, *Escolle, RJF* 6/08, n° 669 : ne constitue pas une indemnité de cessation forcée celle perçue par un dirigeant réputé démissionnaire d'office pour atteinte de la limite d'âge conformément à l'art. L 225-48 C. com

5. Ce montant correspond à la limite suivante : six fois le plafond annuel de sécurité sociale, dit Pass (soit 205 848 € pour 2009). Instr. 17 avr. 2008, BOI 5 F-10-08. Ces indemnités sont également soumises en totalité aux cotisations de sécurité sociale lorsque leur montant est supérieur à trente fois le plafond annuel (soit 1 029 240 € pour 2009) ; celles d'un montant inférieur bénéficient de l'exonération plafonnée par référence à l'art. 80 duodécies CGI mentionnée ci-dessus (art. L 242-1, al. 12, CSS).

6. En cas de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, il convient en principe de faire masse des indemnités (de révocation et de licenciement) et soumettre leur montant total au régime applicable aux indemnités de révocation. Cf CAA Nantes 5 mai 2008, *Jarno, RJF* 12/08, n° 1325 ; *contra* CAA Nantes 24 juin 2008, *Mourgues, RJF* 3/09, n° 120.

une indemnité de 900 000 € et dont la rémunération brute annuelle pour 2008 s'est élevée à 300 000 €. Les seuils d'exonération se montent à :

- 450 000 € (50 % de l'indemnité perçue) ;
- 600 000 € (double de la rémunération perçue en 2007).

Dans la mesure où ces deux seuils sont d'un montant supérieur à 205 848 €, l'indemnité perçue par le président ne sera exonérée qu'à concurrence de ce dernier.

En parallèle, seule la fraction de ces indemnités d'un montant inférieur à la limite de 205 848 € est déductible pour la société versante ¹.

Il a été également instauré, dans le cadre d'une démarche générale visant à relancer « l'attractivité du territoire français », un régime fiscal de faveur temporaire pour les dirigeants « impatriés temporaires » ².

Enfin, le président peut être confronté à l'*Impôt de solidarité sur la fortune*, dit ISF ³, auquel est en principe assujéti tout contribuable dont la fortune au 1^{er} janvier de l'année d'imposition dépasse 790 000 € au 1^{er} janv. 2009. En réalité ce n'est pas, sauf exceptions, la totalité du patrimoine qui est assujéti à l'ISF, tant les exonérations sont nombreuses. En particulier, sont exonérés les biens professionnels, tels que définis aux art. 885 N à 885 R CGI ⁴, notamment les actions ⁵ détenues pas les dirigeants de droit ⁶ exer-

1. Art. 39 5 bis CGI. Les indemnités mentionnées sont celles visées aux art. L 225-42-1 et L 225-90-1 C. com., à savoir, outre les « parachutes dorés », les indemnités versées en contrepartie d'une clause de non-concurrence et les « retraites chapeaux » (seules sont concernées les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé).

2. Art. 81 B CGI et 81 C CGI ; Instr. 21 mars 2005, BOI 5 F-12-05, et 31 déc. 2007, BOI 5 F-17-07 ; D. n° 2009-43, 12 janv. 2009. Il s'agit d'un régime d'exonération temporaire (6 ans au maximum) et partielle d'impôt sur le revenu et d'ISF en faveur notamment des salariés et mandataires sociaux d'entreprises étrangères (cf dirigeants mentionnés à l'art. 80 ter CGI).

3. Concernant l'ISF et l'entrepreneur individuel, *supra* n° 5, les sociétés de personnes non soumises à l'IS, *supra* n° 13-1. Le « bouclier fiscal », instituant un droit à restitution au profit des contribuables dont le total des impôts directs payés au cours d'une année (y compris l'ISF) excède 50 % de leurs revenus de l'année précédente (art. 1649-OA CGI ; Instr. 26 août 2008, BOI 13 A-1-08), prélèvements sociaux compris, permet de limiter l'éventuel effet confiscatoire de ces impôts.

4. Ces biens peuvent être regroupés en trois catégories : la première concerne les biens dépendant d'une exploitation individuelle, la seconde les parts ou actions de sociétés (sur les parts de sociétés démembrées, *supra* n° 278) et la troisième, certains biens ruraux.

5. Il est nécessaire que l'activité de la société émettrice soit de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, à l'exclusion de toute activité de gestion de patrimoine mobilier ou immobilier (art. 885 O ter et quater CGI). En conséquence, les titres de sociétés *holdings* (*infra* n° 641) qui ne sont pas « animatrices » de leurs filiales (Instr. 30 déc. 2005, BOI 7 S-8-05) ne peuvent être considérées comme des biens professionnels : Com. 8 juill. 1997, *Bedrossian, Dr. fisc.* 1997, n° 42, comm. 1092 ; 27 sept. 2005, *Gros, RJF* 1/06, n° 100). Il est, par ailleurs, indispensable que les titres considérés correspondent aux éléments du patrimoine social nécessaires à l'activité (Com. 8 févr. 2005, *Gandois, Dr. fisc.* 2005, n° 17, comm. 17 ; Instr. 20 juin 2008, BOI 7 S-6-08).

6. Les dirigeants concernés sont, pour les SA, le président du conseil d'administration, le directeur général et les directeurs généraux délégués, les membres du directoire et le président du conseil de surveillance (en ce qui concerne ce dernier : Com. 14 nov. 2006, *Tanguy, RJF* 3/07,

cant leur activité professionnelle dans le cadre de la société émettrice, aux conditions entre autres qu'ils détiennent 25 % au moins du capital de la société ¹ (art. 885 O bis CGI) et que les rémunérations versées par la société présentent un caractère normal ² et représentent plus de la moitié de leurs revenus professionnels ³.

Sur le plan du droit de la sécurité sociale, le président est également assimilé à un salarié ⁴, et il est donc assujéti au régime obligatoire de la sécurité sociale (art. L. 311-3 12° CSS).

Cette assimilation du président (et du directeur général, *infra*, n° 432) à un salarié, même s'il détient la quasi-totalité du capital social, a été pendant longtemps un avantage considérable par rapport à la situation du gérant majoritaire de SARL (*supra*, n° 193). Malheureusement il a conduit de nombreux créateurs d'entreprise à adopter la société anonyme, alors que la

n° 360) ; pour les SARL et les SCA, les gérants de droit (Paris 1^{er} juill. 2004, *Bourgine, Dr. fisc.* 2004, n° 47, comm. 845) ; pour les sociétés de personnes ayant opté pour l'IS, chacun des associés en nom ; pour les dirigeants de SAS, *infra* n° 595-8. Instr. 13 déc. 2001, BOI, 7 S-5-01. Concernant le refus d'exonération d'ISF aux dirigeants irrégulièrement nommés, voir ci-dessus.

1. Seuls sont visés par cette condition les dirigeants de SA et les gérants de SARL minoritaires. Sont pris en compte les titres détenus par le dirigeant en propre ainsi que ceux détenus par ses proches et via une société interposée. Les titres peuvent être détenus dans des sociétés ayant des activités similaires, connexes ou complémentaires (art. 885 O bis 2 CGI ; Com. 11 mars 2008, *Tavitian RJF* 6/08, n° 753). Lorsque ce seuil n'est pas atteint, les titres peuvent néanmoins être exonérés à la condition que leur valeur brute au 1^{er} janv. de l'année d'imposition excède 50 % (art. 885 O bis-2, al. 3, modifié CGI, *cf.* ci-dessous) de la valeur brute du patrimoine taxable à l'ISF (y compris ces titres).

2. Instr. 3 oct. 2005, BOI 7 S-7-05. Com. 7 avr. 2009, *Mailleux, Dr. fisc.* 2009, n° 27, comm. 395 ; 26 févr. 2008, *Vigneron, RJF* 6/08, n° 751 ; 23 sept. 2008, *Boissonot, RJF* 1/09, n° 84.

3. Sont exclus les revenus fonciers, les revenus mobiliers (comptes courants d'associés, *supra* 29-1 ; jetons de présence, *supra* n° 390-2). Dans l'objectif de stimuler la création d'entreprise, les cinq réformes suivantes ont été mises en place (Instr. 22 sept. 2004, BOI 7 S-6-04). Premièrement, une exonération d'ISF pour les investissements dans les PME (art. 885 I ter CGI ; Instr. 21 févr. 2005, BOI 7 S-3-05). Deuxièmement, un allègement de moitié de cet impôt pour les associés s'engageant (pacte « Dutreil ») à conserver pendant 6 ans un certain pourcentage de titres (885 I bis CGI ; Instr. 23 févr. 2004, BOI 7 S-3-04 ; Décr. 2004-851 du 24 août 2004 ; Instr. 7 juill. 2005, BOI 7 S-6-05). Troisièmement, l'abaissement à 50 % du seuil permettant à certains dirigeants ne détenant pas 25 % de leur société d'être exonérés d'ISF sur leurs titres (*cf.* ci-dessus). Quatrièmement, l'art. 885 I quater CGI (Instr. 1^{er} juin 2006, BOI 7 S-3-06 ; Instr. 15 mai 2007, BOI 7 S-3-07) exonère la détention des titres à concurrence de 75 % de leur valeur, pour les associés dirigeants qui ne peuvent pas ou plus prétendre à l'exonération accordée au titre des biens professionnels, sous conditions. Cinquièmement, l'art. 885-O V bis CGI permet aux redevables de l'ISF de se libérer de cet impôt en souscrivant au capital des PME (Décret 2008-336 du 14 avr. 2008 ; Instr. 11 avr. 2008, BOI 7 S-3-08). Il existe enfin une exonération partielle pour les dirigeants qui cessent leur activité et transmettent la nue-propriété de leurs droits sociaux (art. 885 O quinquies CGI ; R.M. JO A. N. 4 nov. 2008, *Ginesta*, p. 9564, n° 1702).

4. Soc. 16 avr. 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 502, G. Vachet ; solution qui doit être maintenue même si le président n'est pas directeur général (Comité juridique ANSA n° 3133, 6 mars 2002). Il n'est cependant qu'assimilé à un salarié, et reste un « mandataire » social, exclu, par ex. du bénéfice de l'assurance chômage, et le conseil des prud'hommes est incompétent pour connaître des litiges pouvant l'opposer à la société, Soc. 20 juin 1966, *Bull. civ.* IV, n° 617, p. 514. *Addé* L. Nurit Pontier, *Le statut social des dirigeants de sociétés*, JCP E 2002, n° 222, p. 210.

SARL aurait été beaucoup mieux adaptée dans la plupart des cas (*supra*, n° 247).

Si le président souhaite non seulement être assimilé à un salarié, mais être véritablement lié à la société par un contrat de travail, notamment pour bénéficier le cas échéant du régime d'assurance-chômage et limiter les risques d'une révocabilité *ad nutum*, il le peut, mais sous certaines conditions.

421 Conditions de cumul d'un contrat de travail ¹ ◇ Il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre le « mandat » de président du conseil d'administration et des fonctions salariées au service de la société ². Mais le président doit remplir les mêmes conditions que tout administrateur. C'est dire que, si le président est déjà en fonction, il ne peut pas obtenir un emploi salarié dans la société ³. En effet, il ne peut être lié à la SA par un contrat de travail que si ce contrat est antérieur ⁴ à sa nomination comme administrateur ⁵ et correspond à un emploi effectif. La jurisprudence rendue à propos du contrat de travail de l'administrateur (*supra*, n° 389) est donc pleinement transposable ⁶. Cependant, deux points font plus particulièrement difficulté et suscitent un contentieux fourni, à l'initiative de l'AGS et des Assedic. D'une part, il est fréquent que les fonctions sociales de président absorbent ses fonctions salariées ⁷. Pour que le cumul soit admis, il faut donc prouver que les fonctions salariales sont bien délimitées et totalement

1. Cf. A. Sayag, *préc.*, *Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions*, *Rev. sociétés* 1981, p. 1 ; G. Lyon-Caen, *Quand cesse-t-on d'être salarié ?*, *D.* 1977, *Chron.* 109 ; C. Puigelier, *Le président du conseil d'administration devenant salarié et vice-versa*, *JCP E* 1994, I, 358.

2. Cette solution doit être maintenue depuis la loi NRE, même si la mission du conseil d'administration a été redéfinie et s'est rapprochée de celle du conseil de surveillance de la société duale. V. sur le cumul permis pour les membres du conseil de surveillance, art. L. 225-85, al. 1^{er} (*infra*, n° 448). Soc. 16 oct. 1991, *Bull. civ. V*, n° 408, p. 255 ; Soc. 19 févr. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 504, n° 131-I, P. Le Cannu. *Adde* R.M. JO déb. Sénat 5 mai 1976, *JCP* 1976, IV, 314. Sur la charge de la preuve de l'existence du contrat de travail, Paris, 13 mars 1986, *JCP E* 1987, 16122, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Soc. 19 nov. 1986, *Bull. Joly* 1987, p. 32, n° 12 ; Soc. 16 mai 1990 (1^{re} esp.) *Rev. sociétés* 1990, 407 (absence de novation) ; Soc. 10 avr. 1991, *Bull. civ. V*, n° 177, p. 110 ; *JCP E* 1992, I, 120, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris, 26 janv. 1994, *RJDA* 1994, p. 808, n° 1024 (nullité du contrat de travail conclu pour faire obstacle à la libre révocabilité).

3. Paris, 10 mars 1983, *Bull. Joly* 1984, p. 655, n° 230-III.

4. La condition du délai de deux ans a été supprimée par la loi *Madelin* du 11 févr. 1994 (art. 12) ; cf. *supra*, n° 389 *in fine*.

5. Soc. 22 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1133, n° 335, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1994, p. 292, Y. Guyon ; Soc. 16 oct. 1991, *JCP E* 1992, II, 271, Y. Chaput (influence de l'ex article L. 122-12 al. 2 ; actuel art. L. 1224-1C. trav. en cas d'apport d'un fonds de commerce à la société).

6. Sur les conséquences de l'annulation d'un contrat de travail, Paris, 15 janv. 1987, *Rev. sociétés* 1987, 284, Y. Guyon.

7. Soc. 5 juin 1980 (2 arrêts), *Rev. sociétés* 1981, 88, Y. Chartier ; et cf. pour la 1^{re} esp., Y. Guyon, *JCP* 1981, II, 19630 ; Soc. 13 déc. 1984, *Bull. Joly* 1985, p. 640, n° 221-IV. Cf. cependant Soc. 21 juill. 1986, *D.* 1988, somm. 101, P. Fieschi-Vivet, faisant prévaloir la qualité de salarié malgré la « promotion » comme « PDG ».

différentes des attributions liées au « mandat » présidentiel. Deux rémunérations distinctes sont un indice favorable ¹. D'autre part, le président doit être dans un *état de subordination* à l'égard de la société, en sa qualité de salarié ². Cette condition n'est pas évidente, faute d'un critère absolu, spécialement lorsqu'il détient la quasi-totalité du capital social ³. Toutefois, si les conditions du cumul ne sont pas remplies, la jurisprudence a admis que le contrat de travail se trouvait, en l'absence de convention contraire, automatiquement suspendu, pendant le temps d'exercice du mandat présidentiel (cf. *supra*, n° 389, et réf. cit.) ⁴. Pendant la suspension, l'intéressé ne perçoit pas son salaire et perd sa couverture sociale. Mais, à l'expiration du mandat social, le contrat de travail retrouve tous ses effets.

B. Attributions du président

422 Évolution ⁵ ◇ Sous l'empire de la loi de 1966, le président du conseil d'administration assumait, sous sa responsabilité, la direction générale de la société. Il représentait la société dans ses rapports avec les tiers et il était investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société (anc. art. 113 L. 1966). Doté de pouvoirs légaux, le président incarnait le pouvoir de direction dans la société ⁶, étant président du conseil d'administration et exerçant en même temps la direction générale. La pratique n'avait pas tort de continuer à parler du « Président-directeur général » (PDG).

Cette concentration des pouvoirs sur une même tête, qui a conduit à certains abus, a entraîné des critiques qui se sont développées à l'occasion des débats sur l'instauration en France de la *corporate governance* (*supra*, n° 248). Certains ont alors suggéré de dissocier les fonctions de direction générale de l'entreprise et de présidence du conseil qui en contrôle la

1. Soc. 3 oct. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 696, p. 515 ; Soc. 3 déc. 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 79, n° 14 ; Rouen, 29 nov. 2000, *RJDA* 2001, p. 610, n° 691. Mais une seule rémunération n'est pas exclusive du cumul dès lors qu'elle est la contrepartie de l'activité salariée, Soc. 27 avr. 1984, *Bull. Joly* 1984, p. 1104, n° 409-I.

2. Com. 7 juin 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 591, n° 195 ; Soc. 19 févr. 1997 *Rev. sociétés* 1997, p. 533, P. Didier (salarié devenant président, absence de lien de subordination) ; Paris, 28 janv. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 658, n° 250, P. Le Cannu ; Paris, 20 juin 1997, *RJDA* 1998, p. 40, n° 65 (absence de lien de subordination dans une PME ; suspension du contrat de travail).

3. Nîmes, 13 mai 1997, *JCP E* 1998, p. 1527. Cf. cependant Soc. 19 févr. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 504, n° 131-I, P. Le Cannu, qui en vient à admettre que le président peut « rester sous la subordination de la société, même si, en fait, il ne reçoit pas d'ordres » et cumuler alors un contrat de travail avec son mandat social. *Adde* la réponse du ministre du Travail (R.M. JO déb. AN 18 oct. 1982, p. 4243), qui considère que la détention de la majorité du capital rend difficile la démonstration du lien de subordination.

4. Par ex. Soc. 26 avr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1165, n° 287, P. Scholer ; *JCP E* 2000, p. 1807, A. Vianier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 2000, p. 654, Cl. Champaud et D. Danet.

5. R. Badinter, *Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du droit des sociétés commerciales*, D. 1969, Chron. 185.Y. Guyon, n° 342.

6. G. Ripert et R. Roblot, n° 1297.

gestion ¹. D'autres ont fait remarquer que cette dissociation existait jusqu'à la dernière guerre (*supra*, n° 417) et que c'est pour mettre fin aux dysfonctionnements en résultant que les deux fonctions avaient été réunies. Ils ajoutaient que les sociétés qui souhaitent séparer rigoureusement les fonctions exécutives des fonctions de contrôle peuvent choisir la structure duale avec directoire et conseil de surveillance (*infra*, n° 438 s.) ². Finalement, la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a instauré la possibilité d'une dissociation des fonctions, au choix du conseil d'administration (*supra*, n° 417). L'avenir dira si la culture d'entreprise et l'environnement social français font bon accueil à ce président non exécutif (« président dissocié »), qui est doté de peu de pouvoirs et peut apparaître comme un « président-potiche », le pouvoir reposant alors sur le directeur général et ses directeurs généraux délégués.

423 Pouvoirs limités ◇ Le président non exécutif, privé de ses pouvoirs de direction générale ³ et de représentation de la société ⁴, lesquels passent sur la tête du directeur général (*infra*, n° 429 s.), n'a plus qu'un rôle réduit, essentiellement celui de présider le conseil d'administration. La loi NRE a précisé son rôle dans un bref article L. 225-51 :

– Il **organise et dirige les travaux du conseil**, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il lui appartient donc de convoquer le conseil, de fixer l'ordre du jour, de diriger les débats. Il bénéficie d'une voix prépondérante en cas de partage des voix, en sa qualité de président de séance, sauf disposition contraire des statuts (*supra*, n°s 392, 393). Il indique à l'assemblée des actionnaires le nombre de réunions du conseil qui se sont tenues et, le cas échéant, les difficultés particulières rencontrées. Il doit également veiller au bon fonctionnement des assemblées générales (régularité des convocations, tenue des réunions), aviser le commissaire aux comptes des conventions réglementées de l'article L. 225-38. Il doit prendre connaissance des conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ⁵ qui lui sont transmises par les intéressés et en communiquer la liste et l'objet aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes (art. L. 225-39 ; *supra*, n°s 400 s.).

– Dans les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ⁶, le président doit **rendre compte** dans un

1. Cf. par ex. J. Peyrelevade, *Le principe du chef*, *Le Monde*, 28 févr. 1996 ; Rapport Marini prévoyant cette dissociation à titre facultatif (p. 35).

2. Rapport Viénot I, p. 11.

3. Le président ne pourrait pas cumuler ses fonctions avec celles de directeur général délégué, Lyon 25 sept. 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 881, P. H. Conac.

4. Ainsi, par exemple, n'a-t-il pas le pouvoir légal d'ester en justice.

5. Sauf lorsqu'en raison de leur objet ou de leurs implications financières, elles ne sont significatives pour aucune des parties (alinéa 2 de l'art. L. 225-39 modifié par L. 1^{er} août 2003).

6. Avant la « loi Breton » du 26 juill. 2005, cette obligation visait même les sociétés non APE, ce qui avait été très critiqué par les dirigeants de PME.

rapport joint au rapport de gestion, et présenté à l'assemblée des actionnaires, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de *contrôle interne et de gestion des risques* mises en place par la société (art. L. 225-37, al. 6 ; cf. pour le contenu détaillé du rapport, *supra*, n° 393).

– Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission. Le président doit veiller à ce que les administrateurs ont bien reçu, de la part de la direction générale, toutes les informations nécessaires à l'exercice de leur mission de contrôle et de surveillance (*supra*, n° 402) ¹. Le libellé du texte l'invite également à s'assurer que les administrateurs ont toute la capacité physique et intellectuelle nécessaire à l'accomplissement de leur tâche ²...

– La loi NRE avait décidé que le président *représentait le conseil d'administration*. Il avait été objecté qu'il était difficile de représenter un organe, qui n'était pas doté de la personnalité morale. Tenant compte de cette critique, la loi de sécurité financière a supprimé ce pouvoir donné au président (art. L. 225-51). En pratique, cependant, il continuera à jouer un rôle d'*interface* entre la direction générale de la société et les membres de son conseil.

– Enfin, c'est lui qui, en principe, préside les assemblées générales d'actionnaires (*infra*, n° 480). Et c'est à lui que les actionnaires posent les questions écrites sur les opérations de gestion ou les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (*infra*, n° 476) ³. Il reste donc l'interlocuteur des actionnaires.

On constate ainsi que les fonctions de président dissocié sont dépourvues de tout caractère exaltant. On peut pronostiquer, sans prendre de grands risques que, sauf situations particulières (filiales de société anglo-américaine, période de changement de pouvoir), le président du conseil d'administration continuera à cumuler ses fonctions avec celles de directeur général.

C. Responsabilités du président

424 Caractéristiques ♦ Le président étant nécessairement administrateur, il encourt les mêmes responsabilités que les autres membres du conseil d'administration. En sa qualité de président non exécutif, il n'est pas chargé de la direction générale de la société. Depuis la loi NRE, c'est désormais le directeur général qui est *en première ligne*, avec, éventuellement, ses directeurs généraux délégués (art. L. 225-51-1 ; L. 225-53).

Sa **responsabilité civile** peut donc être recherchée pour violation des obligations spécifiques qui pèsent sur lui, par exemple, s'il ne procure pas

1. Rapp. Paris 31 août 2006, (GDF) *Bull. Joly* 2007, p. 113, n° 13, P. Mousseron.

2. Sur la production de pièces relatives à l'état de santé d'un dirigeant, justifiée par la défense des intérêts de la société, Com. 15 mi 2007, *BRDA* n°, 14 – 2007, p. 4.

3. Alors qu'il n'est pas le mieux placé pour répondre à ces questions.

aux administrateurs les informations nécessaires à l'exercice de leur mission ¹. En cas de liquidation judiciaire de la société, une action en responsabilité pour insuffisance d'actif est possible contre lui, mais il faudra prouver qu'il a commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif (art. L. 651-2 nouv.), ce qui sera plus difficile que s'il était en même temps directeur général.

Si une **infraction pénale** est commise, les textes répressifs de la loi de 1966, qui n'ont pas été modifiés sur ce point par la loi NRE, invitent à rechercher en premier lieu, la responsabilité, à titre personnel, du président (*supra*, n° 416) ², ce qui est assez curieux dans la mesure où le président dissocier ne représente plus la société. Quant à la responsabilité pénale de la personne morale, elle n'exclut pas celle du président, auteur ou complice des mêmes faits (art. 121-2 C. pén.) ³.

Sur le terrain fiscal, le président du conseil d'administration peut être condamné, comme les dirigeants de droit ou de fait, au paiement des impositions et pénalités dues par sa société, lorsque, par des manœuvres frauduleuses ou par l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales, il a rendu impossible le recouvrement de ces impositions et pénalités (art. L. 267 Livre proc. fisc.) ⁴. Compte tenu du rôle limité qui est désormais le sien, c'est sur le directeur général que pèse maintenant cette responsabilité.

En cas de défaut de paiement par la société des cotisations de sécurité sociale, le président, en revanche, ne peut pas être condamné à verser le montant des cotisations ou des majorations de retard, faute d'une disposition analogue à celle existant en matière fiscale. Leur paiement ne peut incomber qu'à la société employeur elle-même ⁵.

1. D. Mielliet, *L'information : nouvelle et dernière responsabilité du président du conseil d'administration ?* JCP E 2002, n° 173.

2. Par ex. art. L. 437 à 439, 441 à 445, 447 à 450, 453 à 455, 458, 459. V. pour un ex. d'abus de biens sociaux, Aix, 7 déc. 1988, JCP E 1990, II, 15784, n° 18, A. Viandier et J.-J. Caussain (dette personnelle payée par la société).

3. *supra*, n° 97 et réf. cit.

4. V. *supra* n° 201 (responsabilité fiscale du gérant de SARL et bibliographie commune ; Th. Jany, *La responsabilité fiscale des dirigeants de sociétés de capitaux*, *Nouvelles fiscales* 15 févr. 2005, n° 930, p. 26). Cf. par ex. Com. 20 nov. 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 572 (autonomie par rapport à l'action en comblement du passif) ; 15 mars 1994, *RJDA* 1994, p. 809, n° 1029 (prescription) ; Versailles 6 sept. 2001, *Richard*, *Bull. Joly* 2001, p. 1294, n° 280, obs. P. Scholer (responsabilité du président de conseil d'administration malgré la présence d'un administrateur provisoire) ; Versailles 12 sept. 2002, *Royneau*, *Bull. Joly* 2002, p. 1328, n° 281, obs. P. Serlooten (conformité à la CEDH ; direction effective) ; Com. 9 avr. 2002, *Bach*, *Bull. Joly* 2002, p. 949, n° 213 (gravité et répétition des manquements aux obligations fiscales en matière de TVA). Des sanctions pénales peuvent également être prononcées contre les présidents qui se sont rendus coupables de fraude fiscale (art. 1741 s. CGI).

5. Crim. 15 mars 1973, *Rev. sociétés* 1973, 348, R. Rodière ; Crim. 4 mai 1982, *Bull. crim.* n° 113, p. 313.

§ 5. Les organes supplémentaires

- 425 **L'administrateur délégué** ¹ ◇ En cas de défaillance du président du conseil d'administration, la loi prévoit que le conseil d'administration peut exceptionnellement déléguer un administrateur dans ses fonctions ². Il ne peut s'agir que d'un empêchement temporaire du président ou de son décès (art. L. 225-50, al. 1), ce à quoi on doit pouvoir assimiler sa démission ou sa révocation ³.

Les pouvoirs donnés à l'administrateur délégué sont, en principe, identiques à ceux du président remplacé (présidence du conseil) ⁴. En cas d'empêchement temporaire, cette délégation est donnée pour une durée limitée mais renouvelable ; en cas de décès, elle prend fin avec l'élection du nouveau président (art. L. 225-50, al. 2).

La délégation de pouvoirs donnée à l'administrateur délégué doit être exceptionnelle. L'administrateur délégué ne saurait en aucun cas se substituer durablement au président.

Curieusement, et probablement par inadvertance, la loi NRE a oublié d'étendre cette solution au cas de défaillance du directeur général, ce qui est particulièrement fâcheux lorsque celui-ci n'est pas assisté de directeurs généraux délégués (cf. art. L. 225-55, al. 2).

- 426 **Comités d'études. Censeurs** ◇ L'organisation légale des pouvoirs dans la société anonyme, avec des organes hiérarchisés et spécialisés, conduit à regarder avec une certaine suspicion toute perturbation qui pourrait être introduite par les statuts, les assemblées d'actionnaires, le conseil ou la direction de la société.

Le conseil d'administration peut conférer à des administrateurs, des actionnaires, des salariés, voire des tiers des mandats spéciaux qui ne peuvent concerner qu'un ou plusieurs objets déterminés (art. R. 225-29, al. 1 ; *supra*, n° 396) ⁵.

De même, les **comités d'études ou de direction** ⁶ sont placés sous la dépendance totale du conseil d'administration. Seul le conseil peut décider

1. A. Viandier, *L'administrateur délégué : une solution ?* D. aff. 1996, p. 311. L'administrateur délégué ne doit pas être confondu avec l'administrateur provisoire qui est désigné en justice, au cas de difficultés graves empêchant le fonctionnement normal de la société (*infra*, n° 574).

2. C'est également le conseil qui détermine la rémunération de l'administrateur délégué (art. R. 225-34).

3. En ce sens également, *Mémento Lefebvre*, n° 1455.

4. L'administrateur délégué apparaissant aux yeux des tiers comme étant dans la même situation que le président, une limitation de ses pouvoirs doit leur être déclarée inopposable.

5. Sur les dangers d'une délégation donnée à un directeur financier, permettant des opérations sur produits dérivés, Com. 7 avr. 1998, D. aff. 1998, p. 969, M. Boizard. Cf. P. Le Cannu, *Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société*, Bull. Joly 1997, p. 628, n° 243.

6. J.-M. Calendini, *Les Comités de direction*, Bull. Joly 1992, p. 851, n° 272. V. égal. le rapport de l'IFA, précité, *La gouvernance des sociétés cotées*, mai 2007, consultable sur le site www.ifa-asso.com.

la création de tels comités. Il en fixe la composition (administrateurs ou non, directeurs...) et les attributions, qui ne peuvent être que consultatives ¹. Les comités ne peuvent s'immiscer dans la gestion, ni empiéter sur les pouvoirs de tel ou tel organe de la société ². Les questions à examiner et sur lesquelles ils doivent donner un avis leur sont soumises par le conseil ou le président (art. R. 225-29, al. 2).

Depuis 1995, on a assisté sous l'influence du gouvernement d'entreprise (*supra*, n° 248) à la création de nombreux comités dans la plupart des grandes sociétés cotées en bourse (comités d'audit ³, de sélection, de rémunérations...) ⁴.

La rémunération des membres du comité non administrateurs est fixée par le conseil d'administration (art. R. 225-34). Quant aux administrateurs, membres du comité, ils peuvent recevoir des jetons de présence plus importants que les autres administrateurs (art. R. 225-33, al. 1^{er}) ou une rémunération exceptionnelle, dans le cadre de l'article L. 225-46.

Certaines sociétés, en particulier dans les secteurs financier et immobilier, prévoient également dans leurs statuts l'instauration d'un collège de **censeurs** ⁵. Ni la loi, ni le décret ne font allusion à cette création de la pratique. Mais elle est licite, dès lors qu'elle ne fait pas échec à l'organisation légale des pouvoirs de la société anonyme : les censeurs ne doivent pas empiéter sur les prérogatives des organes de gestion, de surveillance ou de contrôle de la société ⁶.

Les censeurs, contrairement à ce que pourrait laisser croire leur nom, ne sont pas chargés d'une fonction de surveillance. Ils font bénéficier le conseil d'administration de leurs avis, de leurs relations, de leur appui. L'institution permet d'agrandir « le tour de table » en s'attachant le concours de personnes qui souvent ne peuvent pas être administrateurs (nombre maximum d'administrateurs, cumul de mandats, limite d'âge) ⁷. S'ils participent aux séances du conseil d'administration, ils ne peuvent avoir qu'une voix consultative.

427-428 *Réservés*

1. Il n'empêche que dans les grandes sociétés, et plus particulièrement dans les groupes de sociétés, la plupart des décisions importantes sont prises au sein de « comités de direction », de « comités exécutifs »...

2. Com. 4 juill. 1995, *préc.*, *supra*, n° 420 (comité *ad hoc* sur la rémunération du président) ; Aix, 28 sept. 1982, *préc.*, *Rev. sociétés* 1983, 773, J. Mestre ; *JCP E* 1984, 13353, p. 143, n° 12, Y. Guyon.

3. L'ordonnance du 8 déc. 2008 qui a transposé la directive du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes a rendu obligatoire l'instauration des comités d'audit au sein des entités d'intérêt public, « EIP » ; cf. *infra*, n° 513-1.

4. Sur des délibérations types de comités d'administrateurs, J.-P. Valuet, *Bull. Joly* 1999, p. 933, n° 223.

5. M. Vasseur, *Une création de la pratique : les censeurs dans les sociétés anonymes*, D. 1974, Chron. 67 ; Th. Jacomet et A. Cuisance, *Les censeurs*, *Bull. Joly* 1993, p. 723, n° 210 ; A. Bienvenu-Perrot, *Des censeurs du XIX^e siècle au gouvernement d'entreprise du XXI^e siècle*, *RTD com.* 2003, p. 449.

6. R.M. JO déb. AN 25 juin 1975, p. 4704 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 547.

7. Cf. l'article très documenté de M. Vasseur.

SOUS-SECTION 2. La direction générale de la société

429 Organe essentiel de la société ◇ Avant la loi NRE, la désignation de directeurs généraux était facultative et l'on n'en rencontrait que dans les sociétés anonymes d'une certaine importance. Leur nomination, pour assister le président ¹, permettait de renforcer la direction générale de la société, parfois au détriment du conseil d'administration ².

Depuis la loi du 15 mai 2001, le directeur général, dont la nomination est obligatoire, est devenu le personnage central de la SA de type classique : « la direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général » (art. L. 225-51-1, al. 1^{er} ; V. *supra*, n° 417). Le conseil d'administration doit choisir, dans les conditions fixées par les statuts, entre ces deux modalités d'exercice de la direction générale : ou bien il est favorable à la dissociation et doit nommer un directeur général en plus du président dissocié (non exécutif) ; ou bien il préfère le cumul, ce qui sera presque toujours le cas, et la société aura à sa tête, comme avant la réforme, un Président-directeur général (cf. art. L. 225-51-1) ³.

Le PDG ou le directeur général peut s'adjoindre un ou plusieurs directeurs généraux délégués, chargés de l'assister (art. L. 225-53).

Mandataire social, le directeur général et les directeurs généraux délégués ne doivent pas être confondus avec les *directeurs techniques* qui sont des salariés, liés à la société par un contrat de travail (directeur commercial, chef du personnel...) ⁴ ou les *fondés de pouvoirs* auxquels le PDG ou le directeur général délègue sa signature dans un domaine précis ⁵.

§ 1. Les statuts du directeur général et des directeurs généraux délégués

A. Statut du directeur général

430 Nomination ◇ Le directeur général, qu'il s'agisse du président du conseil d'administration ou d'une autre personne physique, doit être nommé par le

1. Le qualificatif d'« adjoint » avait disparu avec la réforme de 1966.

2. M. Bauer et B. Bertin-Mouro, *Les 200. Comment devient-on un grand patron ?*, Le Seuil, 1987.

3. Cf. art. R. 225-27, R. 225-93 et R. 123-109.

4. Dijon 28 nov. 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 47, J. Monnet (sur le pouvoir légal d'engager la société).

5. Cependant, dans certaines sociétés le « directeur général » est parfois un salarié, sans mandat social, ce qui ajoute à la confusion...

conseil d'administration (art. L. 225-51-1, al. 1^{er}) ¹. Il n'y en a qu'un seul, qui pourra toutefois se faire assister par un ou plusieurs directeurs généraux délégués (art. L. 225-53).

Avant la loi NRE, le directeur général était également nommé par le conseil d'administration, mais sur proposition du PDG, ce qui montrait bien le rôle d'assistance du PDG qui lui était assigné. Désormais, le directeur général, désigné par le seul conseil d'administration, doit pouvoir assurer sans difficulté son indépendance à l'égard du président et ce dernier doit pouvoir exercer sans faiblesse sa surveillance sur l'action du directeur général.

Le directeur général doit être une personne physique n'ayant pas atteint la limite d'âge prévue par les statuts ou, dans leur silence, soixante-cinq ans (art. L. 225-54, al. 1^{er}). Le directeur général peut être choisi parmi les administrateurs ou en dehors d'eux. Il peut être actionnaire ou non.

Nul ne peut exercer plus d'un mandat de directeur général dans une société ayant son siège sur le territoire français (art. L. 225-54-1, al. 1). Deux dérogations sont toutefois prévues : un deuxième mandat de directeur général, membre du directoire ou directeur général unique peut être exercé dans une filiale ², cotée ou non, de la société où le directeur général occupe son premier mandat (al. 3). Par ailleurs, le directeur général d'une société peut exercer un deuxième mandat de direction générale dans une autre société, à condition qu'aucune de ces deux sociétés ne soit cotée (al. 4). Rien n'interdit le cumul de ces deux dérogations.

Ainsi est-il possible d'exercer simultanément un mandat de directeur général dans une société mère non cotée, un mandat dans une filiale, cotée ou non, et un mandat dans une société tierce non cotée ³.

Le conseil d'administration doit également fixer la rémunération du directeur général (art. L. 225-53, al. 3) ⁴ qui est appelée désormais à se

1. Cette désignation qui est obligatoirement effectuée par le conseil peut permettre de distinguer le directeur général du directeur technique qui, lui, est engagé par le directeur général ou le chef du personnel, mais pas par le conseil, Pau, 31 janv. 1967, *D.* 1967, p. 476. La promesse faite par le président d'une société à un cadre de le nommer directeur général dans la société-mère au cas où il quitterait ses fonctions dans une filiale étrangère, ne peut engager la société ; mais elle engage personnellement le président comme promesse de porte-fort, Com. 4 oct. 1988, préc. (aff. Willot) *Bull. Joly* 1988, p. 863, n° 277, PLC ; *Defrénois* 1989, art. 34518, p. 560, J. Honorat ; Civ. 1^{re}, 18 avr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 936, n° 239, A. Couret ; JCP E 2000, p. 2005, G. Virassamy, Rapp. sur la validité de la promesse de l'acquéreur d'actions de faire nommer le cédant directeur général, à condition que ce dernier demeure révocable, Paris 26 sept. 2003, *BRDA* 2003, n° 24, p. 3. Comp. Paris 10 oct. 2003, *RTD com.* 2004, p. 102, Cl. Champaud et D. Danet.

2. Au sens de l'article L. 233-16.

3. En ce sens, Rapport Ass. Nat. n° 233, p. 18. V. égal. communication ANSA déc. 2002, n° 3172 (Loi Houillon). Le directeur général peut également exercer un nombre illimité de mandats d'administrateur (ou de membre du conseil de surveillance) dans des sociétés (cotées ou non) contrôlées par celle dans laquelle le mandat de direction est exercé (art. L. 225-94-1 al. 2).

4. Un comité des rémunérations ne pourrait donner qu'un avis sur la rémunération du directeur général (art. R. 225-29, al. 2). Le conseil a une compétence exclusive et doit fixer lui-même la rémunération.

rapprocher de celle de l'ancien Président-directeur général (*supra*, n° 420).

- 431 Cessation des fonctions** ◇ La loi est muette sur la durée des fonctions du directeur général. À défaut de précision dans les statuts, il appartient au conseil d'administration de fixer cette durée, et s'il ne le fait pas, les fonctions du directeur général sont à durée indéterminée.

Le texte antérieur à la loi NRE qui prévoyait que lorsque le directeur général était administrateur, la durée de ses fonctions ne pouvait excéder celle de son mandat d'administrateur n'a pas été conservé (anc. art. L. 225-56, al. 1^{er}).

Ses fonctions cessent également en application de la limite d'âge (art. L. 225-54, al. 3), en cas de survenance d'une incapacité, d'une incompatibilité ou d'une déchéance, en cas de démission ou... de décès.

Lorsque le directeur général cesse ses fonctions ou est empêché de les exercer, les directeurs généraux délégués conservent, sauf décision contraire du conseil, leurs fonctions et leurs attributions jusqu'à la nomination du nouveau directeur général (art. L. 225-55 al. 2).

Ce maintien permet d'assurer la continuité dans la direction générale de la société. Mais le nouveau directeur général gardera toute liberté pour renouveler ou non les anciens directeurs généraux délégués dans leurs fonctions, s'en adjoindre de nouveaux ou non ¹.

Le directeur général peut également être **révoqué à tout moment** par le conseil d'administration. La loi NRE a toutefois apporté une modification importante par rapport au système antérieur, en indiquant que si la révocation est décidée **sans juste motif**, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts (art. L. 225-55, al. 1^{er}) ².

Est ainsi apportée une garantie de stabilité très importante au directeur général, qui ne peut plus être révoqué dès qu'il a cessé de plaire, sauf pour la société à en payer le prix. La notion de « juste motif » a été précisée par la jurisprudence à propos de la révocation du gérant de SARL (*supra*, n° 188) et des membres du directoire (*infra*, n° 442).

La loi NRE a cependant apporté une exception de taille à ce principe en décidant que la solution de la **révocabilité ad nutum** demeure lorsque le directeur général cumule ses fonctions avec celles de président du conseil d'administration (art. L. 225-55, al. 1^{er}). Il ne fait pas de doute qu'en

1. V. Com. 13 janv. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 516, n° 167, B. Petit ; *JCP E* 1998, p. 1306, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. Sur le juste motif constitué par la perte de confiance dans le salarié de la mère exerçant des fonctions de directeur général dans une filiale, Com. 12 juin 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 124, J. Ph. Dom ; *RTD com.* 2008, p. 131, P. Le Cannu et B. Dondero, V. avant la réforme, la manœuvre d'un PDG, faussement démissionnaire, pour se débarrasser de son directeur général, Com. 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 386, n° 76, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2005, n° 51, H. Hovasse.

pratique l'exception va toutefois devenir le principe puisque les présidences dissociées sont rares.

Dans l'hypothèse de cumul, cette *révocabilité ad nutum* du directeur général est un principe d'ordre public. Elle ne peut être limitée ou supprimée par un « parachute doré », une convention (contrat de travail fictif) ¹ ou une disposition ² qui, par ses conséquences financières importantes, dissuaderait les administrateurs d'exercer leur faculté de révocation ³.

Est illicite « la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation *ad nutum* du (président) directeur général d'une société anonyme par les conséquences financières importantes qu'elle entraîne pour un tiers qui peut exercer une influence sur la décision de révocation » ⁴.

Le Président-directeur général ne pourrait obtenir des dommages-intérêts que s'il parvenait à prouver que la révocation était entachée d'abus de droit ⁵, telle la brusquerie ⁶, une publicité malveillante ⁷ ou si, en violation du

1. Soc. 31 mars 1981, *Bull. Joly* 1981, p. 742, n° 365, 4^e esp. ; Soc. 30 mars 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1107, n° 259, J.-P. Dom ; *Dr. sociétés* 1999, n° 102, D. Vidal (contrat de travail frauduleux).

2. Cf. pour un préavis, Com. 23 juin 1975, *Rev. sociétés* 1976, 321, Y. Chartier ; pour le versement d'une indemnité, Com. 26 mai 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1407, n° 279, B. Saintourens ; *JCP E* 2004, 1344, A. Viandier ; v. également *supra*, n° 419 à propos du président, et réf. cit. Cf. également Grenoble, 19 oct. 1987, *JCP* 1989, II, 21215, B. Petit (promesse de réintégration dans la société mère).

3. Com. 2 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1078, n° 349 ; *Dr. sociétés* 1992, n° 185, H. Le Nabasque ; *JCP E* 1993, I, 215, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. V. pour une solution donnée à propos d'un directeur général, mais transposable au PDG actuel, Com. 4 juin 1996 (aff. *Mesly d'Arloz*), *JCP E* 1996, II, 849, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1996, p. 930, n° 336, A. Couret ; *JCP E* 1996, I, 589, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Dr. sociétés* 1998, n° 141, D. Vidal ; v. dans la même affaire, Com. 2 juin 1992, préc. Sur une indemnité dont le montant n'est pas de nature à peser sur la décision de révocation, Paris, 26 juin 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1155, n° 354, J.-P. Dom ; *Dr. sociétés* 1999, n° 14, D. Vidal ; *JCP E* 1999, p. 33, A. Viandier et J.-J. Caussain (1 million F).

5. V. sur l'annulation d'une révocation, Paris, 10 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 939, n° 240, L. Grosclaude (P. V. irrégulier du conseil d'administration).

6. Versailles 4 oct. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1282, n° 277, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2002, n° 45, F. X. Lucas ; Paris 12 mars 2004 *RTD com.* 2004, p. 547, P. Le Cannu (évaluation du préjudice du directeur général qui a rapidement retrouvé du travail).

7. Com. 2 oct. 1978, *D.* 1979, IR 107, J. Cl. Bousquet ; *RTD com.* 1970, p. 270, n° 20, R. Houin (brusquerie peu commune, placard dans l'usine annonçant que l'intéressé était chassé comme un incapable ou un malhonnête) ; Com. 27 mars 1990, *JCP* 1990, II, 21537, Y. Guyon ; Paris, 2 nov. 1982, *Bull. Joly* 1983, p. 175, n° 68 (reproches fallacieux, brutalité) ; Paris, 21 nov. 1991, *JCP E* 1992, I, 145, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Versailles, 17 déc. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 458, n° 130, Ph. Reigné ; comp. Paris, 22 avr. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 334, Ph. Merle (preuve non rapportée du caractère abusif de la révocation) ; Paris, 28 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1001, n° 235, C. Ruellan ; *Dr. sociétés* 1999, n° 81, D. Vidal ; *RTD com.* 1999, p. 429, Cl. Champaud et D. Danet (brutalité et perte de chance due à l'absence de débat contradictoire). Sur les conséquences de la suspension du contrat de travail lorsque le directeur général est révoqué et ne retrouve pas ses fonctions salariées, Paris, 27 févr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 509, n° 164, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1992, p. 745, B. Petit ; Paris, 25 févr. 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 334, Y. Guyon.

principe du contradictoire, il n'avait pas été en mesure de présenter ses observations ¹.

Sur les conditions d'octroi de « parachutes dorés » aux directeurs généraux (et aux directeurs généraux délégués) de sociétés cotées, cf. art. L. 225-42-1 (*supra*, n° 400).

432 Situation juridique ◇ Le directeur général n'a pas, à ce titre, la qualité de commerçant. Il ne fait qu'accomplir des actes de commerce en tant que représentant légal de la société qui, seule, a cette qualité (art. L. 210-1, al. 2). Seul le conseil d'administration peut déterminer sa *rémunération* par une délibération sur son montant et ses modalités ² (art. L. 225-53, al. 3). Sur le *plan fiscal* et du point de vue des assurances sociales, comme le président, il est assimilé à un salarié (*supra*, n° 420). Les dispositions des articles L. 225-38 et s. relatives aux conventions passées entre la société et l'un de ses dirigeants (*supra*, n° 398 s.) sont applicables au directeur général même non administrateur.

Lorsqu'il cumule les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général, étant révocable *ad nutum* (*supra*, n° 431) il peut souhaiter se protéger contre cette précarité, en étant en même temps, directeur technique, lié à la société par un **contrat de travail** ³. Le cumul est possible ⁴, mais la distinction suivante doit être opérée :

– *si le directeur général n'est pas administrateur*, il peut cumuler son mandat social avec un contrat de travail, sérieux et effectif ⁵, dès lors que ce cumul n'a pas pour objet de faire échec au principe de révocabilité *ad nutum* ⁶.

Lorsque l'intéressé était déjà salarié avant de devenir directeur général, pour que le cumul soit admis, ses tâches salariales ne doivent pas être

1. Com. 28 févr. 2006, *JCP E* 2006, 1538 ; P. Le Cannu, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, *Bull. Joly* 1996, p. 11, n° 2 ; B. Daille-Duclos, *L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires*, *JCP E* 2000, p. 1990 ; F.X. Lucas, *Le principe du contradictoire en droit des sociétés*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 2006, p. 707.

2. Com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 390, n° 134, P. Le Cannu.

3. La révocation du directeur général n'a pas d'incidence sur le contrat de travail dont il a conservé le bénéfice, Soc. 14 juin 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 949, n° 242, G. Auzero ; *JCP E* 2000, p. 1806, A. Viandier, J.-J. Caussain et 2001, p. 138, C. Puigelier.

4. Sur la pratique consistant à passer un contrat de travail entre une société mère et une personne chargée de diriger ses filiales et qui sera ensuite mandatée comme directeur général par ces mêmes filiales, J. Ph. Dom, *Contrat de travail du directeur général au sein d'un groupe*, *Bull. Joly* 1996, p. 477, n° 163 ; Soc. 20 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 514, n° 175 ; et dans la même affaire, Soc. 12 févr. 1991, *Dr. sociétés* 1991, p. 468. Cf. égal. Versailles, 14 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 568, n° 225 ; Versailles, 9 nov. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 156, n° 41, G. Auzero ; C. Malecki, *Les dirigeants des filiales*, *Rev. sociétés* 2000, p. 453.

5. Soc. 22 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 860, n° 306, Ph. Reigné.

6. Soc. 31 mars 1981, *préc.*, *Bull. Joly* 1981, p. 742, n° 365, 4^e esp. ; Soc. 2 oct. 1991, *JCP E* 1993, I, 218, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain (validité du contrat de travail consenti par une société mère à un salarié en vue d'exercer les fonctions de directeur général d'une filiale).

absorbées par ses fonctions directoriales ¹, il doit demeurer sous un lien de subordination ² et il est préférable qu'il perçoive deux rémunérations distinctes ³.

Lorsque l'intéressé est directeur général, puis passe un contrat de travail, il y a lieu d'appliquer la procédure de contrôle des articles L. 225-38 et s.

– **Si l'intéressé est administrateur**, il ne peut cumuler son mandat de directeur général avec un contrat de travail que dans les conditions de l'article L. 225-22 (*supra*, n° 389) ⁴. Il faut donc que son contrat de travail soit antérieur à sa nomination comme administrateur et corresponde à un emploi effectif et sérieux (al. 1) ⁵. En outre, le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonctions (al. 2 ; *supra*, n° 589). Si les conditions du cumul ne sont pas remplies, le contrat de travail se trouve suspendu en l'absence de convention contraire ⁶.

Dans les sociétés cotées, l'AFEP et le MEDEF considèrent cependant que cette suspension est insuffisante. Ils recommandent que lorsqu'un salarié devient mandataire social il soit mis fin au contrat de travail qui le lie à la société : « le niveau élevé des rémunérations des dirigeants mandataires sociaux dans les sociétés cotées se justifie notamment par la prise de risque. Il est par conséquent incompatible avec le cumul des avantages du contrat de travail » ⁷.

Selon l'Institut Montaigne ⁸, la rémunération d'un directeur général de société cotée se compose généralement d'un salaire fixe, d'un bonus ou salaire variable qui peut atteindre 100 % voire 200 % du salaire fixe, de *stock options* ou d'actions gratuites, d'une « retraite chapeau » garantissant un niveau de revenu après cessation d'activité et d'indemnités de départ qui sont assez souvent égales à deux années de salaire, bonus compris.

1. Soc. 21 juin 1984, *Bull. Joly* 1985, p. 184, n° 58-III ; Versailles, 1^{er} avr. 1994, *RTD com.* 1994, p. 519, B. Petit et Y. Reinhard (fonctions techniques distinctes).

2. Soc. 14 mars 1979, *Bull. civ. V*, n° 234, p. 167 ; Soc. 19 févr. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 504, n° 131-II, P. Le Cannu ; Soc. 28 janv. 1988, *Bull. civ. V*, n° 83, p. 56 ; *JCP E* 1988, II, 15240, n° 7, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Soc. 29 janv. 1992, *RJDA* n° 4-1992, n° 355, p. 272 ; Soc. 2 avr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 602, n° 212, P. Le Cannu ; Paris 13 févr. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 582, n° 120 (incidence de la révocation du mandat social sur le contrat de travail).

3. Soc. 3 févr. 1983, *Bull. Joly* 1983, p. 381, n° 177-II.

4. Cf. par ex. Versailles, 5 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 847, n° 303 ; Paris, 27 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 174, n° 49.

5. Par suite d'une inadvertance, lors de la codification du Code de commerce, la condition de l'antériorité de deux ans a été malencontreusement rétablie (art. L. 225-22 al. 1^{er}). Cette bétise a été corrigée par la loi MURCEF (mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier) du 11 déc. 2001 (*supra*, n° 389 *in fine*).

6. Soc. 15 mars 2000, *JCP E* 2000, p. 1144 ; F. Petit (absence de lien de subordination ; Soc. 11 mai 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 197, n° 37, Th. Granier ; Versailles, 29 oct. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 373, n° 76, S. Noémie).

7. AFEP-MEDEF, *Recommandations sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé*, oct. 2008, p. 2.

8. Rapport Ph. Manière, *Comment « bien » payer les dirigeants d'entreprise ? Institut Montaigne*, 2007. Le rapport suggère notamment de rendre obligatoires les comités de rémunération et d'interdire qu'y siège quiconque ne dispose pas d'une indépendance totale à l'égard des dirigeants. Cf. égal. Y. Paclot, *Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées en question*, D. 2007, p. 1671.

B. Statut des directeurs généraux délégués

432-1 Évolution ◇ C'est la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 qui a introduit les *directeurs généraux délégués* dans la SA de type classique. Ils prennent la place qu'occupaient avant la réforme les directeurs généraux. L'actuel article L. 225-53 prévoit en effet que le conseil d'administration peut nommer, sur proposition du PDG ou du directeur général, une ou plusieurs personnes physiques chargées de l'assister, avec le titre de directeur général délégué. Leur nomination comme adjoint du PDG ou du directeur général doit permettre d'instaurer une collaboration efficace entre des hommes qui peuvent être de formation et d'âge différents.

Les directeurs généraux délégués ne peuvent être nommés par le conseil d'administration que sur proposition du directeur général ¹.

Étant donné que ces directeurs assistent le directeur général, il est normal que ce dernier prenne l'initiative de leur désignation. D'un autre côté, comme les directeurs généraux délégués ont vis-à-vis des tiers les mêmes pouvoirs que le directeur général, il est logique que le conseil d'administration participe à la nomination des uns comme de l'autre.

Les statuts fixent le nombre maximum de directeurs généraux délégués, qui ne peut dépasser cinq, quelle que soit la taille de la société (art. L. 225-53, al. 2). Ces directeurs sont nécessairement des personnes physiques. Les dispositions sur la limite d'âge du directeur général leurs sont applicables (art. L. 225-54). Le conseil d'administration détermine leur rémunération. Les directeurs généraux délégués sont révocables à tout moment par le conseil d'administration sur proposition du directeur général ². Si leur révocation est décidée sans **juste motif**, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts (art. L. 225-55) ³. La solution doit leur assurer une certaine stabilité dans la société.

Lorsque le PDG ou le directeur général cesse ses fonctions ou est empêché de les exercer, les directeurs généraux délégués conservent, sauf décision contraire du conseil, leurs fonctions et leurs attributions jusqu'à la nomination du nouveau directeur général (art. L. 225-55 al. 2 ; *supra*, n° 431).

Les dispositions pénales visant les directeurs généraux sont applicables aux directeurs généraux délégués, selon leurs attributions respectives (art. L. 248-1).

1. Il n'est pas souhaitable que le président du conseil d'administration puisse être désigné comme directeur général délégué (Comité juridique ANSA n° 3131 du 6 mars 2002). Cependant, la loi n'interdit pas formellement ce cumul.

2. Com. 12 juin 2007, *BRDA* n° 18 – 2007, p. 3 (groupe) ; Paris 23 nov. 2004, *RTD com.* 2005, p. 118, P. Le Cannu (révocation d'un directeur général délégué non administrateur).

3. Sur l'application dans le temps de ce nouveau régime aux anciens directeurs généraux, cf. Comité juridique ANSA n° 3159, 3 juill. 2002 ; comp. C. Malecki, *Bull. Joly* 2002, p. 311, n° 70.

§ 2. Les attributions du directeur général et des directeurs généraux délégués

La loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 en rééquilibrant les pouvoirs au sein de la SA de type classique a renforcé la direction générale de la société vis-à-vis du conseil d'administration. En outre, en cas de dissociation, la direction générale apparaît comme particulièrement forte à l'égard d'un simple président de conseil d'administration (président dissocié) qui ne joue qu'un rôle limité (*supra*, n° 423).

La réforme a transféré au directeur général (A) les pouvoirs de direction générale qui étaient dévolus auparavant au PDG. Quant aux pouvoirs antérieurement attribués au directeur général, ils appartiennent désormais aux directeurs généraux délégués (B).

Les personnes qui, le 16 mai 2001, avaient reçu du conseil d'administration mandat d'assister le président avec le titre de directeur général ont alors pris le titre de directeur général délégué (art. L. 131 III L. NRE).

A. Les attributions du directeur général

433 Direction générale de la société ◇ Bien que désigné et révocable par le conseil d'administration, le directeur général est doté de pouvoirs légaux : il assume sous sa responsabilité la direction générale de la société. Il la représente dans ses rapports avec les tiers. Pour ce faire, il est « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » (art. L. 225-56-I, al. 1) ¹.

C'est lui qui, agissant au nom et pour le compte de la société, l'engage par sa signature (contrats, chèques, effets de commerce). Il la représente en justice ², et pénalement, si, désormais, la personne morale est responsable, cette responsabilité n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits (art. 121-2 C. pén.) ³. Depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, il doit également communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission (art. L. 225-35, al. 3).

1. Cette formule était la même que celle qui était utilisée pour définir avant la loi NRE les pouvoirs du conseil d'administration et ceux du PDG (anc. art. 98 et 113 L. 1966).

2. V. pour une déclaration de créance, Com. 10 févr. 2009, BRDA n° 6-2009, p. 3. Si le directeur général était frappé d'une interdiction de gérer, il n'aurait plus qualité pour agir en justice au nom de la société, Com. 27 janv. 1998, JCP E 1998, p. 509, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Bull. Joly 1998, p. 376, n° 130, J.-M. Calendini ; RTD com. 1998, p. 359, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 374, B. Petit et Y. Reinhard.

3. *Supra*, n° 97.

Cette omnipotence du directeur général ¹ est cependant limitée, d'une part, par la loi elle-même (*infra*, n° 434), d'autre part, éventuellement, par les statuts ou le conseil d'administration (*infra*, n° 435).

434 Limitations légales des pouvoirs ◇ Aux termes de l'article L. 225-56-I, alinéa 1^{er}, le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, dans la limite de l'*objet social* (a) et sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux *assemblées d'actionnaires* (b) ainsi que des pouvoirs qu'elle réserve de façon spéciale au conseil d'administration (c).

a) **La limite de l'objet social.** Le directeur général doit agir dans le cadre de l'objet social, et il engagerait sa responsabilité vis-à-vis de la société, s'il le dépassait. Cependant, *dans les rapports avec les tiers*, la société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social ², à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (art. 225-56-I, alinéa 2) ³.

Cette importante dérogation à la solution traditionnelle, introduite par l'ordonnance du 20 décembre 1969, en application de la première directive européenne adoptée le 9 mars 1968, s'applique également aux actes du conseil d'administration (art. L. 225-35, al. 2 ; *supra*, n° 403) ⁴.

b) **Les pouvoirs attribués expressément aux assemblées d'actionnaires.** En application des principes de hiérarchisation et de séparation des pouvoirs qui régissent la société anonyme, le directeur général, comme le conseil d'administration (v. *supra*, n° 404), ne peut pas empiéter directement ou indirectement sur les pouvoirs spécialement attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires ⁵. Réciproquement, l'assemblée ne pourrait dépouiller le directeur général de ses pouvoirs propres, en exigeant, par exemple, contrairement à l'article L. 225-51-1, al. 1^{er}, que le directeur général ne puisse être nommé par le conseil d'administration que sur proposition de l'assemblée générale ordinaire.

c) **Les pouvoirs spécialement réservés au conseil d'administration.** Lorsque la loi a elle-même énuméré expressément les pouvoirs qu'elle

1. Sur la possibilité pour un PDG d'introduire sur le marché hors cote les titres de sa société sans autorisation du conseil d'administration, Paris, 15 déc. 1999, *RJDA* 2000, p. 246, n° 294 ; *RTD com.* 2000, p. 389, Y. Reinhard ; *Bull. Joly* 2000, p. 327, n° 62, J.-J. Daigre.

2. Paris, 21 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 61, n° 11. Sur les conséquences de l'utilisation du papier à en-tête de la société, par le président à des fins personnelles, Com. 12 janv. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 340, n° 93, J.-F. Barbière.

3. Com. 3 juin 2008, *BRDA* n° 13-2008, p. 3 ; Paris, 30 nov. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 688, D. Randoux.

4. Com. 25 juin 1985, *Rev. sociétés* 1985, 829, J.-J. Daigre.

5. Pour les applications, cf. jurisprudence citée *supra*, sous n° 403.

réserve de façon spéciale au conseil d'administration (par ex. art. L. 225-38, al. 1) il ne fait pas de doute qu'il s'agit là de restrictions aux pouvoirs du directeur général qui sont opposables aux tiers. Ainsi en est-il de l'autorisation exigée pour les cautions, avals et garanties (art. L. 225-35, al. 4 ; *supra*, n° 397 et réf. cit.) ¹. Mais des conflits ne manqueront pas de surgir entre le directeur général et le conseil d'administration, lorsque ce dernier prétendra qu'il peut se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société et régler par ses délibérations les affaires qui la concernent (V. *supra*, n° 404).

435 Limitations par les statuts ou le conseil d'administration ◇ Le pacte social ou, plus fréquemment, une décision du conseil d'administration (art. L. 225-56-I, al. 3) peuvent prévoir que pour certains actes importants le directeur général doit obtenir préalablement l'autorisation du conseil.

Ainsi pour les aliénations d'immeubles sociaux, la constitution d'hypothèques ou de nantissements, les contrats dépassant un certain montant, les salaires des hauts cadres, une telle limitation est usuelle.

Ces clauses et délibérations sont *valables dans l'ordre interne*, à condition qu'elles ne restreignent pas les droits du directeur général au point d'annihiler ou tout au moins de neutraliser son rôle dans la direction générale de la société ². Si le directeur général passait outre à ces restrictions, il engagerait sa responsabilité vis-à-vis des actionnaires, mais la société serait quand même tenue par les engagements qu'il aurait ainsi contractés, car ces limitations de pouvoirs sont *inopposables aux tiers* (art. L. 225-56-I, al. 3) ³.

Mais, si la limitation de pouvoir est expressément stipulée dans l'engagement pris par le directeur général, la société n'est pas engagée car la limitation est entrée dans le champ contractuel ⁴.

Si le directeur général souhaitait déléguer une partie de ses pouvoirs, cette *délégation* serait toujours faite sous sa responsabilité et elle ne devrait pas bouleverser l'organisation légale des pouvoirs de la société anonyme ⁵.

C'est ainsi que, fût-ce avec l'accord du conseil et de l'assemblée extraordinaire, il ne pourrait pas renoncer à exercer ses pouvoirs de direction au

1. Pour des illustrations, v. *supra*, sous n° 404.

2. Cf. Y. Guyon n° 343 ; G. Ripert et R. Roblot, n° 1308.

3. V. l'important arrêt préc. de Com. 11 juin 1965, *Grands arrêts jurispr. com.* n° 69, 2^e esp., J. Noirel ; *Gaz. Pal.* 1965, II, 322 ; *RTD com.* 1965, p. 861, n° 3, R. Houin.

4. Versailles 12 mars 2009, *BRDA* n° 8 - 2009, p. 3.

5. Com. 13 nov. 1975, *Bull. civ.* IV, n° 265, p. 219. La délégation de pouvoirs subsiste même lorsque le dirigeant qui l'a consentie vient à cesser ses fonctions, Com. 15 mars 2005, *JCP E* 2005, 1047, H. Hovasse ; D. 2005, p. 957, A. Lienhard. Sur la possibilité pour un tiers de se prévaloir d'une limitation statutaire des pouvoirs du président, Soc. 11 juin 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 143, D. Vidal ; *JCP E* 1997, I, 710, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain.

profit d'un tiers sous couvert d'un contrat de « management »¹. De même, le conseil d'administration ne pourrait pas décider que, dans tous les cas et quelle que soit la nature des opérations, le directeur général agirait sous signature conjointe d'un des fondés de pouvoir, ou que la société pourrait être engagée par la signature de deux fondés de pouvoir, sans celle du directeur général².

On ne peut manquer de remarquer que la loi offre aux tiers qui contractent avec le directeur général en tant que représentant légal de la société, des garanties très importantes, puisque la société se trouve engagée même au-delà de son objet social (*supra*, n° 434 a) et malgré les limitations aux pouvoirs du directeur général figurant dans les statuts ou décidées par le conseil.

Depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, le *rapport du président* sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que sur les procédures de contrôle interne doit également indiquer les limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général (art. L. 225-37, al. 6).

B. Les attributions des directeurs généraux délégués

Le directeur général a donc une tâche extrêmement lourde et il peut souhaiter être assisté pour être déchargé d'une partie de ses fonctions. Cette assistance est possible grâce à la désignation de directeurs généraux délégués (*supra*, n° 432-1). Suivant la distinction classique, qui a été instaurée en 1966 à propos des dirigeants de SA (et des gérants de SARL, *supra*, n° 195), il convient d'opposer les pouvoirs des directeurs généraux délégués vis-à-vis de la société et à l'égard des tiers.

436 Pouvoirs dans l'ordre interne ◇ Le directeur général délégué n'a pas de pouvoirs propres. C'est le conseil d'administration qui, en accord avec le directeur général, détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux directeurs généraux délégués (art. L. 225-56 II, al. 1^{er}) et peut ainsi répartir

1. Montage pourtant fréquent dans le secteur de l'hôtellerie, cf. Ph. Merle, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, D. 1975, Chron. 245 ; Com. 6 mai 1996, Bull. Joly 1996, p. 821, n° 286, P. Le Cannu ; Defrénois 1996, p. 1305, H. Hovasse. Adde K. Torbey, *Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés*, Étude de droit français et de droit libanais, LGDJ 2002, préface Ph. Merle ; Colloque Centre du droit de l'entreprise, Montpellier, P. Mousseron et alii, *Au croisement du droit de la distribution et du droit des sociétés*, JCP E 2000, suppl. n° 5. V. également concernant l'impossibilité de dépouiller le conseil d'administration de ses attributions propres, en créant un comité de direction, organe permanent et concurrent, Aix, 28 sept. 1982, préc. n° 404 et *infra*, n° 436 ; *Rev. sociétés* 1983, 773, J. Mestre ; JCP E 1984, 13353, p. 143, n° 12, Y. Guyon.

2. BCNCC 1979, n° 36, p. 468.

les tâches à l'intérieur de la société ¹. Si le directeur général délégué dépassait ses pouvoirs, il engagerait sa responsabilité ² ; la société serait cependant tenue, car si la limitation de pouvoirs est licite, elle est inopposable aux tiers.

437 Pouvoirs à l'égard des tiers ◇ Les directeurs généraux délégués disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général (al. 2). Ils ont donc les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société et représentent la société dans ses rapports avec les tiers.

C'est ainsi que la solution dégagée avant la loi NRE en faveur du directeur général doit désormais être appliquée au directeur général délégué qui peut ester en justice au nom de la société, au même titre que le directeur général. Par un arrêt du 18 novembre 1994, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ³ a en effet condamné la jurisprudence restrictive de la Chambre sociale ⁴ et de la Chambre criminelle.

Ce pouvoir légal reconnu aux directeurs généraux délégués, non seulement offre une garantie très importante aux tiers qui contractent avec la société ⁵, mais renforce considérablement la direction générale de la société.

§ 3. Les responsabilités du directeur général et du directeur général délégué

437-1 Les responsabilités du directeur général ◇ Depuis la loi NRE, le directeur général est responsable avec les administrateurs, individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers. Sa **responsabilité civile** peut être engagée pour des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux SA, pour des violations des statuts ou pour des fautes de gestion (art. L. 225-251 ; sur ces différentes fautes, *supra* n° 405 s.).

1. Sur les conditions de l'imputation de la responsabilité pénale au directeur général dans le cadre d'une délégation, Crim. 29 avr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1074, n° 328, J.-F. Barbière ; JCP E 1999, p. 130, I. Denis-Chaubet.

2. V. par ex. Com. 2 juill. 1973, *Rev. sociétés* 1974, 514, R. Rodière (révocation non abusive d'un directeur général à l'intérieur d'un groupe de sociétés ; faute à ne pas obéir aux injonctions du président de l'une d'elles).

3. Ass. plén., 18 nov. 1994, *D.* 1995, p. 101, concl. M. Jéol, note D. Cohen ; *Petites Affiches*, 7 déc. 1994, P.M. ; JCP E 1995, II, 649, A. Viandier ; *Bull. Joly* 1995, p. 61, n° 13, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1995, p. 127, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 145, B. Petit et Y. Reinhard ; *Rev. sociétés* 1995, p. 296, Ph. Merle ; Com. 9 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 765, n° 263, P. Le Cannu (validité du pouvoir spécial donné par le directeur général à un salarié de représenter la société en justice) ; Com. 10 juin 1997, JCP E 1998, p. 510, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Crim. 12 févr. 1998, *D. aff.* 1998, p. 809 ; *Bull. Joly* 1998, p. 977, n° 302 (pouvoir de représentation en matière pénale). V. cependant CE 5 juill. 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 849, Y.G.

4. Sur le ralliement de la Chambre sociale à la position de l'Ass. plén., Soc. 2 déc. 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 357, Y. Chartier ; comp. Crim. 6 mai 1998, JCP E 1999, p. 36, J.H. Robert.

5. Cf. par ex. Com. 24 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 264, n° 84.

Le régime de l'action en responsabilité est le même que celui applicable aux administrateurs (art. L. 225-252 à L. 225-254), mais l'action sera désormais plus volontiers engagée contre le directeur général devenu le personnage central de la société anonyme.

Envers les tiers ¹, suivant une jurisprudence novatrice, qui s'est affirmée depuis 1998, sa responsabilité personnelle ne peut « être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions » ² (V. égal. *supra* n° 198).

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser cette notion ³, pour la première fois, dans un arrêt du 20 mai 2003. Il y a faute séparable « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » ⁴. En l'espèce, la responsabilité personnelle de la dirigeante a été retenue pour avoir cédé à une société, en toute connaissance de cause, deux créances qu'elle avait déjà cédées à une banque ⁵.

1. Sur la question de savoir si l'actionnaire doit être considéré comme un membre de la société ou comme un tiers, cf. F. Danos, *La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, RJDA 2008, p. 471 ; D. Cholet, *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, D. 2004, p. 1141 ; V. Magnier, *Information boursière et préjudice des investisseurs*, D. 2008, p. 558 ; Versailles 17 janv. 2002, Bull. Joly 2002, p. 515, n° 111, J. F. Barbieri (dirigeants recommandant aux actionnaires d'accepter une offre ; actionnaires considérés comme des tiers).

2. Com. 28 avr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 808, n° 263, P. Le Cannu ; JCP 1998, II, 10 177, D. Ohl ; Rev. sociétés 1998, p. 767, B. Saintourens. Sur les problèmes posés par l'assurabilité de la faute détachable, cf. P. G. Marly, *La faute dans l'assurance de responsabilité des dirigeants*, JCP E 2006, 1490.

3. Biblio. thématique sur la faute séparable, in Rev. sociétés 2004, p. 767. V. sur les critiques de cette notion, F. Descorps-Declère, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p. 25 ; J. F. Barbieri, *Responsabilité des personnes morales ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive*, in Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 41 ; G. Auzero, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. Aff. 1998, p. 502 ; W. Wester-Ouisse, *Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant détachable de ses fonctions*, D. Aff. 1999, p. 782 ; B. Petit et Y. Reinhard, RTD com. 1997, p. 283 ; J. Abras, *Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux. L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ?*, JCP E 2008, 1912. Pour sa défense, J. P. Métivet, *Les articles 52 al. 1 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers*, Rapport Cour de cassation 1998, p. 111.

4. Bull. Joly 2003, p. 786, n° 167, H. Le Nabasque ; D. Aff. 2003, p. 1502, A. Lienhard ; JCP E 2003, 1203, n° 2, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; Rev. sociétés 2003, p. 479, J. F. Barbieri ; RJDA 2003, p. 717, n° 842, concl. R. Véricelle ; RTD civ. 2003, p. 509, P. Jourdain ; RTD com. 2003, p. 741, Cl. Champaud et D. Danet.

5. Il s'agissait d'une gérante de SARL, mais la solution est évidemment transposable aux dirigeants de sociétés par actions. V. pour des espèces où la Cour de cassation a retenu la faute détachable, Com. 4 juill. 2006, D. 2006, p. 1958, A. Lienhard ; Dr. sociétés 2006, n° 143, H. Hovasse ; Bull. Joly 2007, p. 93, n° 10, B. Dondéro (défaut d'assurance d'un véhicule) ; Com. 7 juill. 2004, Bull. Joly 2004, p. 1531, n° 303, H. Le Nabasque (contrefaçon) ; Civ. 1^{re}, 16 nov. 2004, BRDA n° 1-2005, p. 4 (non versement des droits d'auteur à la SACEM) ; Com. 8 févr. 2005, BRDA n° 7-2005, p. 5 (action hors la loi du contrat) ; pour des hypothèses où la faute détachable n'a pas été retenue, Crim. 20 mai 2003 (aff. J. M. Messier, RJDA 2003, p. 1026, n° 1181 (délit d'entrave) ; Com. 28 avr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 808, n° 263, P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1998, n° 115, D. Vidal ; Rev. sociétés 1998, p. 767, B. Saintourens ; JCP G 1998, p. 1917, D. Ohl ; RTD com. 1998, p. 623, B. Petit et Y. Reinhard ; JCP E 1998, p. 1258, Y. Guyon (faute intentionnelle) ; id. pour le

Le critère retenu par la Haute juridiction n'est donc pas tiré de la conformité ou non de l'acte à l'objet social ou à l'intérêt social. C'est un critère subjectif qui est avancé, sans qu'il soit besoin de prouver que l'auteur a été animé par des mobiles personnels ¹.

L'incompétence ou une simple faute d'imprudence ne suffit donc pas, selon la Cour de cassation, pour engager la responsabilité personnelle du dirigeant ². La commission d'une faute pénale n'est pas nécessairement constitutive d'une faute détachable ³. La Chambre commerciale exige des juges du fond qu'ils recherchent si les décisions litigieuses ne constituent pas de la part de leurs auteurs, « *même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales* » ⁴.

En cas d'ouverture d'une *procédure collective* à l'égard de la société, le directeur général ⁵ peut toujours redouter une action en responsabilité pour insuffisance d'actif si la société est mise en liquidation judiciaire (*supra* n° 412 s.).

Sa **responsabilité pénale** est analogue à celle des administrateurs (*supra* n° 414 s.). En sa qualité de chef d'entreprise, on sait qu'il peut s'exonérer de sa responsabilité par une *délégation de pouvoirs* régulière (*supra* n° 97).

Enfin, sa **responsabilité fiscale** peut être recherchée et le contraindre à payer personnellement les impositions et pénalités dues par la société (*supra* n° 424).

Face aux risques croissants mettant en jeu leur responsabilité, les dirigeants n'hésitent plus à s'assurer, ce que font depuis de nombreuses années leurs homologues anglo-saxons ⁶. Cette pratique qui était réservée aux dirigeants de très grandes entreprises, qui négocient souvent à leur arrivée une **assurance personnelle**, s'étend désormais aux dirigeants de PME-PMI. La prime moyenne tourne autour de 2 000 euros. Outre les garanties classiques, certaines compagnies proposent égale-

dirigeant octroyant la caution de la société sans autorisation préalable de son conseil, en violation de l'art. L. 225-35 al. 4, Com. 18 déc. 2001, *JCP E* 2002, n° 851, A. Viandier et J. J. Caussain ; *id.* pour la violation par un franchisé de contrats d'affiliation, Com. 17 déc. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 423, n° 85, L. Godon ; pour le PDG ayant donné une information trop pessimiste sur l'avenir de sa société, Paris 26 sept. 2003 (aff. *Flammarion*), *Bull. Joly* 2004, p. 84, n° 12. La faute séparable n'a pas sa place en matière de manquement boursier, Com. 31 mars 2004 (aff. *Gaume*), *Bull. Joly* 2004, p. 982, n° 197, G. Auzéro ; D. 2004, p. 1961, D. Caramalli ; *Dr. sociétés* 2004, 131, Th. Bonneau.

1. Cf. G. Baranger, *On a trouvé la faute détachable des fonctions* ! *Jolynews*. fr 260.

2. Selon certains arrêts, la gravité de la faute peut suffire à la considérer comme séparable, alors que le dirigeant n'a pas agi en dehors de ses fonctions, cf. par ex. Com. 6 nov. 2007, *BRDA* n° 23-2007, p. 3 (solution donnée à propos d'une SARL mais transposable).

3. Civ. 3^e 4 janv. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 526, n° 105, S. Messai-Bahri ; *JCP E* 2006, 2035, n° 1, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Rev. Sociétés* 2006, p. 548, D. Porracchia.

4. Com. 10 févr. 2009, D. 2009, p. 559, A. Lienhard et p. 1243, R. Salomon ; *JCP E* 2009, 1602, B. Dondero ; *Bull. Joly* 2009, p. 499, n° 99, S. Messai-Bahri ; *Rev. sociétés* 2009, p. 328, J.F. Barbiéri.

5. La recevabilité de l'action en responsabilité contre le dirigeant d'une société en procédure collective s'apprécie au jour où elle est formée, Com. 10 févr. 2009, *supra*.

6. J. El Ahdab, *La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ?*, *Rev. sociétés* 2008, p. 239. Rapp. A. Kirry, M. C. Monsallier-Saint Mleux et alii, *Dirigeant de société et prise de risque*, *JCP E* 2009, 1223.

ment un soutien psychologique aux dirigeants et leur offrent, s'ils sont finalement mis hors de cause, une campagne de réhabilitation auprès de leur réseau, leurs clients et leurs fournisseurs (*Les Échos*, 18 mars 2008).

437-2 Responsabilités du directeur général délégué ◇ Sur le terrain civil, la responsabilité personnelle du directeur général délégué à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions (*supra* n° 437-1) ¹. Sa responsabilité pénale est analogue à celle du directeur général (art. L. 248-1).

437-3 Observations sur l'organisation de la direction des sociétés anonymes de type classique ² ◇ La loi NRE a apporté de sérieux bouleversements dans l'organisation de la SA de type classique. La nouvelle définition des pouvoirs du conseil d'administration manque de précision et l'on se demande si le législateur en exigeant du conseil qu'il se saisisse de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent (art. L. 225-35, al. 1^{er}) n'a pas oublié que le conseil est un organe intermittent, qui ne se réunit actuellement, dans le meilleur des cas, que cinq à six fois par an. Il y a là une source d'insécurité pour les administrateurs dont on pourra rechercher plus facilement la responsabilité.

Il est également curieux d'avoir conféré les mêmes pouvoirs au conseil d'administration, sans distinguer suivant que son président était un « président dissocié » (non exécutif) ou un Président-directeur général. En cas de présidence dissociée, le législateur a oublié de prévoir que le directeur général, lorsqu'il n'est pas administrateur, devait être obligatoirement convoqué aux réunions du conseil. Lorsque le conseil usera de son pouvoir d'évocation, n'ayant pas de directeur général en son sein, et son président n'ayant pas le pouvoir d'engager la société, il ne pourra que « donner des ordres » à la direction générale afin que ses délibérations soient mises en œuvre. Est-ce compatible avec le rééquilibrage des pouvoirs entre les organes de la SA auquel entendait procéder le législateur ? On imagine aisément les difficultés de cohabitation qui pourront surgir dans de telles situations. Avoir créé un troisième type de direction des sociétés anonymes en France, avec un président dissocié, dont on peut penser que souvent il n'aura qu'un rôle limité, est une fausse bonne idée. Offrir un choix entre plusieurs types de gestion de la SA de type classique crée une source de confusion pour les tiers et il est à craindre que les étrangers qui contractent avec les SA françaises s'égarent dans les pouvoirs réellement dévolus aux présidents de ces sociétés. Il aurait été probablement plus judicieux d'apporter quelques

1. La prescription de l'action en responsabilité civile contre un directeur général délégué non administrateur est de 5 ans (10 ans avant la réforme de la prescription civile opérée par la loi du 17 juin 2008), l'article L. 225-251 n'étant pas applicable, Versailles 7 sept. 2006, *BRDA* 22-2006, p. 3.

2. Ph. Merle, art. préc. in *Bull. Joly* 2000, p. 473, n° 99.

améliorations à la société à directoire et conseil de surveillance pour la rendre plus attractive...

SECTION 2. LA SOCIÉTÉ ANONYME AVEC DIRECTOIRE ET CONSEIL DE SURVEILLANCE

438 Origines ◇ La société anonyme avec directoire et conseil de surveillance ¹ n'avait pas été prévue par les rédacteurs du projet qui devait aboutir à la loi du 24 juillet 1966. Elle résulte d'un amendement présenté par deux députés, MM. Capitant et Le Douarec, qui souhaitaient introduire dans notre législation une nouvelle forme de société anonyme, qui ne se substituerait pas à la forme traditionnelle avec conseil d'administration, mais constituerait une option ouverte aux sociétés déjà existantes ou à créer (*supra*, n° 371).

L'instauration de cette structure dualiste visait à tenir compte des critiques formulées envers la structure classique, moniste. À l'époque, le conseil d'administration, dans les textes, cumulait les fonctions de direction de la société et les fonctions de contrôle de cette direction (*supra*, n° 437). Mais, en fait, le pouvoir était passé au président et à ses directeurs généraux (*supra*, n°s 422 s. ; 434), le conseil n'exerçant qu'une surveillance plus ou moins lâche (*supra*, n° 404). Avec la réforme introduite par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, qui permet désormais de séparer dans la SA avec conseil d'administration les fonctions de président et de directeur général (*supra*, n°s 422, 429), on a incontestablement rapproché la SA de type classique de celle avec directoire et conseil de surveillance. Ce rapprochement sera d'ailleurs probablement source de confusion, en particulier pour nos partenaires étrangers.

Dans la société duale, le *directoire*, organe en principe collégial, dont les membres ne sont pas nécessairement actionnaires, est responsable de la marche de l'entreprise, en ayant vis-à-vis du conseil de surveillance une relative autonomie.

Le *conseil de surveillance*, composé, à l'origine, exclusivement d'actionnaires, a, lui, pour unique fonction de contrôler le directoire au nom du capital. Cette répartition des pouvoirs, même si elle subit quelques infléchissements (*infra*, n° 452), est plus satisfaisante que celle qui existait en 1966 dans les SA avec conseil d'administration.

Dans l'esprit de ses promoteurs, la structure dualiste devait également préparer la réforme de l'entreprise, en permettant la surveillance de la gestion des sociétés anonymes les plus importantes par les salariés.

1. P. Le Canu, *La société anonyme à directoire*, LGDJ 1979, préf. J. Derrupé ; et *id.* *Les sociétés anonymes à directoire vingt ans après*, *Rev. sociétés* 1986, p. 565. *Adde* bibliographie thématique, *Le directoire*, *Rev. sociétés* 1988, p. 630. Lorsque la société anonyme est dotée d'un directoire et d'un conseil de surveillance, la forme sociale doit être indiquée sur les actes et documents émanant de la société, par les mots « société anonyme à directoire et conseil de surveillance » (art. R. 123-238, 4°, a).

Cette structure est directement inspirée du droit allemand où l'on connaît depuis 1937, une répartition des pouvoirs entre le *Vorstand* (directoire) et l'*Aufsichtsrat* (conseil de surveillance). Les actionnaires (ainsi que les salariés dans les sociétés les plus importantes) élisent l'*Aufsichtsrat*, qui lui-même élit le *Vorstand*.

Le *Vorstand* a les pouvoirs de direction et de représentation, et dispose d'une assez large indépendance dans la mesure où ses membres ne peuvent être révoqués que pour motif grave, sous contrôle judiciaire. L'*Aufsichtsrat* a pour fonction essentielle de contrôler la gestion de la direction. Exceptionnellement, il intervient pour autoriser certains actes particulièrement importants.

Les statistiques montrent que la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance ne connaît qu'un succès timide en pratique ¹. Souvent même les sociétés qui l'avaient adoptée ont préféré revenir à la structure traditionnelle ². La loi NRE n'a pas apporté de changements substantiels, car elle s'est contentée de quelques retouches qui concernent plus le fonctionnement de la société que sa structure. L'exposé de la réglementation concernant le directoire (sous-section 1), puis le conseil de surveillance (sous-section 2) permettra de mieux cerner les causes de cet échec.

SOUS-SECTION 1. Le directoire

§ 1. Statut

439 Nomination ◇ Les membres du directoire ne sont pas élus par l'assemblée des actionnaires, mais nommés par le conseil de surveillance ³ qui confère à l'un d'eux la qualité de président (art. L. 225-59, al. 1). Le directoire peut comprendre cinq membres au plus, mais si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, ce nombre peut être

1. Au 30 juin 2007, on ne dénombrait que 5 110 SA avec directoire et conseil de surveillance sur un total de 69 916 SA (source : P. L. Perrin, *La SAS*, 3^e éd. 2008). Cette structure semble cependant bien adaptée aux sociétés à actionnariat familial (J. Cl. Decaux, *Peugeot SA*) ou aux situations de transition, qu'il s'agisse de faciliter le passage entre deux générations de dirigeants ou de gérer les conséquences d'une fusion (*Axa, Carrefour, Publicis, Vivendi Universal*).

2. *Carrefour* a abandonné en juin 2008 la structure duale pour revenir à la SA avec conseil d'administration, l'objectif étant de prendre des décisions plus rapidement, *Les Echos* 5 juin 2008. Une étude, déjà ancienne du CREDA (Centre de recherche sur le droit des affaires de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris) sur « *La Pratique de la société à directoire* » (p. 19, Litec 1980) montrait qu'au 31 déc. 1977, près de 12 % des sociétés constituées depuis 1967 sous la forme duale y avaient renoncé pour revenir à la structure traditionnelle.

3. V. sur la « promesse de porte-fort » du président d'un directoire d'obtenir la nomination du « chairman » d'une filiale étrangère comme membre du directoire à la cessation de ses fonctions, Paris, 15 janv. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 101, n° 49, P. Le Cannu et sur pourvoi, Com. 4 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 863, n° 277, PLC. Sur le caractère impératif des conditions de nomination des membres du directoire, Versailles, 8 juill. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1024, n° 298, P. Le Cannu ; *contra*, Paris 14 juin 2002, *Rev. sociétés* 2002, p. 575, Y. Guyon ; *JCP E* 2003, n° 627, J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker (admettant que le conseil de surveillance puisse compléter le directoire en cours de mandat).

porté par les statuts à sept (art. L. 225-58, al. 1). Dans les sociétés dont le capital est inférieur à 150 000 €, les fonctions dévolues au directoire peuvent être exercées par une seule personne, le *directeur général unique* (art. L. 225-58, al. 2 ; L. 225-59, al. 2).

Le nombre de membres du directoire est fixé par les statuts ou, à défaut, par le conseil de surveillance (art. R. 225-35, al. 1). Aucun assouplissement n'est prévu pour le cas de fusion.

Les membres du directoire sont nécessairement des personnes physiques et toute nomination d'une personne morale serait nulle (art. L. 225-59, al. 3). Ils doivent être âgés de moins de soixante-cinq ans, à défaut de disposition statutaire contraire (art. L. 225-60). À la différence des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance, ils peuvent, comme les directeurs généraux et les directeurs généraux délégués dans la structure traditionnelle, ne pas être actionnaires de la société (art. L. 225-59, al. 3). La solution est excellente puisqu'elle permet à des personnes compétentes (cadres salariés) d'accéder à des fonctions importantes sans avoir à détenir un nombre minimum d'actions, mises à disposition plus ou moins artificiellement (*supra*, n° 375).

Toute personne peut être nommée membre du directoire alors qu'elle est déjà salariée ou devenir salariée alors qu'elle est déjà membre du directoire (art. L. 225-61, al. 2 *a contrario*) ¹.

Aucun membre du conseil de surveillance ne peut faire partie du directoire (art. L. 225-74). S'il était nommé au directoire, son mandat au conseil prendrait fin dès son entrée en fonction (art. R. 225-37).

Depuis la loi NRE, une personne physique ne peut pas exercer plus d'un mandat de membre du directoire ou de directeur général unique dans une SA ayant son siège sur le territoire français, au lieu de deux auparavant (art. L. 225-67, al. 1).

Par dérogation, un deuxième mandat peut être exercé dans une société contrôlée, au sens de l'article L. 233-16, par celle où le dirigeant occupe son premier mandat (al. 3) et un autre mandat dans une autre société dès lors qu'aucune des deux sociétés n'est cotée (al. 4) ².

Toute personne qui se trouve en infraction avec ces règles de non-cumul doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination, ou du mandat en cause dans les trois mois de l'événement ayant entraîné la disparition de l'une des conditions fixées (cotation de la société contrôlée, perte du contrôle). À l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise soit de son nouveau mandat, soit du mandat ne répondant plus aux conditions fixées. Elle doit également restituer les rémunérations qu'elle a perçues,

1. A. Sayag, art. préc., *Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions*, *Rev. sociétés* 1981, p. 1, spéc. n° 14 ; R.M. JO déb. AN 23 nov. 1982, p. 4814 ; v. par ex. Soc. 1^{er} juin 1978, *Rev. sociétés* 1979, p. 79, P. Le Cannu, sur la preuve du contrat de travail ; Bordeaux, 9 oct. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 211, n° 47, J. Ph. Dom (nullité du contrat de travail du président du directoire pour absence de lien de subordination) ; Versailles, 16 mars 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 659, Y. Guyon (*id.* pour un directeur général unique).

2. Sur les règles du cumul de mandats et les dérogations, cf. *supra*, n° 378.

sans pour autant que soit remise en cause la validité des opérations auxquelles elle a pris part (art. L. 225-67, al. 3).

Bien que les membres du directoire n'aient pas, à ce titre, la qualité de commerçant, ils ne doivent pas être sous le coup d'une déchéance ou d'une interdiction résultant des textes sur l'assainissement des professions commerciales (art. L. 128-1 à L. 128-6 et art. L. 653-2).

440 Rémunération ◇ C'est le conseil de surveillance qui fixe dans l'acte de nomination ¹ le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire (art. L. 225-63) ². Dans les sociétés cotées, le rapport annuel présenté par le directoire doit rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés durant l'exercice à chaque membre du directoire (art. L. 225-102-1, al. 1^{er}).

Cette mesure de publicité, introduite dans un souci de transparence par la loi du 15 mai 2001 (art. 116 II L. NRE) a été heureusement limitée aux seules sociétés cotées par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003.

Les membres du directoire, comme le président du conseil d'administration, sont affiliés au régime général de la sécurité sociale et sont soumis au même régime fiscal (*supra*, n° 420).

À cette rémunération peut s'ajouter un salaire en cas de cumul régulier d'un contrat de travail ³.

Si le contrat de travail est conclu alors que l'intéressé est déjà membre du directoire, il est soumis à la procédure de contrôle des articles L. 225-86 et s., comme toute convention conclue directement ou indirectement entre la société et l'un des membres du directoire (*infra*, n° 452).

Mais si un salarié devient membre du directoire, son contrat de travail qui est antérieur n'est pas soumis à la procédure de contrôle. Il ne devrait l'être qu'en cas de reconduction ou de modification substantielle ⁴.

1. Paris, 1^{er} déc. 2000, *Dr. sociétés* 2001, n° 66, F.X. Lucas.

2. Le conseil de surveillance ne pourrait pas réduire rétroactivement la rémunération des membres du directoire sans leur accord, Com. 10 févr. 2009, *D.* 2009, p. 498, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2009, p. 556, n° 110, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 2009, p. 359, J.P. Mattout.

3. P. Le Cannu, *Les surprises des salariés promus au directoire ou au conseil de surveillance d'une société anonyme*, *Petites Affiches*, 1^{er} oct. 1990, n° 118, p. 16. Sur l'absence d'incompatibilité entre la qualité de président du directoire et celle de salarié, Soc. 17 nov. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 232, B. Petit ; Soc. 4 févr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 782, n° 246 ; *JCP E* 1988, II, 15292, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Soc. 5 juill. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 278, n° 78, P. Le Cannu ; *JCP E* 1990, II, 15 838, n° 7, A. Viandier et J.-J. Caussain (en l'espèce, absence de lien de subordination) ; Paris, 4 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 760, n° 261, P. Le Cannu. Sur la spécificité de la situation du membre du directoire salarié et son interdiction de prendre part aux élections des délégués du personnel, v. Com. 25 mars 1980, *Rev. sociétés* 1980, 757, P. Le Cannu. Sur les conditions d'un cumul régulier, v. *supra*, n° 389.

4. Sur la suspension du contrat de travail, cf. Saint-Denis de la Réunion 23 juin 1978, *Rev. sociétés* 1979, 526, crit. P. Le Cannu ; Paris, 13 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 62, n° 13, P. Le Cannu, et *supra*, n° 389, § 1.

441 *Durée des fonctions* ◇ La durée du mandat des membres du directoire est fixée par les statuts dans des limites comprises entre deux et six ans. À défaut de disposition statutaire, la durée du mandat est impérativement de quatre ans (art. L. 225-62) ¹. La réélection est possible. En cas de vacance d'un poste, le remplaçant est nommé par le conseil de surveillance (art. R. 225-36) pour le temps qui reste à courir jusqu'au renouvellement du directoire (art. L. 225-62). Curieusement, il n'y a pas de renouvellement par roulement du directoire, comme dans les conseils d'administration (*supra*, n° 383), mais un renouvellement global.

Les fonctions de membre du directoire prennent fin par l'arrivée du terme, l'application de la limite d'âge (art. L. 225-60, al. 3), l'abandon de la structure dualiste de la société pour la SA traditionnelle avec conseil d'administration ², la démission ³ ou la révocation.

442 *Révocation* ⁴ ◇ Avant la loi NRE, un membre du directoire (ou le directeur général unique) ne pouvait être révoqué que par l'assemblée générale, sur proposition du conseil de surveillance (anc. art. L. 225-61, al. 1).

Cette absence de parallélisme avec les conditions de nomination (*supra*, n° 439) s'expliquait par la volonté du législateur de faire jouer à l'assemblée des actionnaires un rôle d'arbitre en cas de conflit entre le conseil de surveillance et le directoire.

Désormais, les **membres du directoire** ou le directeur général unique peuvent être révoqués par l'assemblée générale, sans que le conseil de surveillance ait fait une proposition en ce sens ou, si les statuts le prévoient, directement par le conseil de surveillance (art. L. 225-61, al. 1^{er}).

1. Les statuts ou le conseil de surveillance peuvent fixer pour les fonctions de président du directoire une durée plus courte que celle prévue par les membres du directoire, Paris, 10 déc. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 313, n° 60, P. Le Cannu ; *JCP E* 2000, p. 798, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 2000, p. 384, Y. Guyon.

2. En ce cas, le membre du directoire ne peut prétendre qu'il est victime d'une révocation sans juste motif, sauf à prouver que le retour à la structure traditionnelle a été décidé frauduleusement en assemblée générale extraordinaire (Paris, 20 déc. 1982, *préc.*, *Rev. sociétés* 1983, 786, P. Le Cannu).

3. La démission s'analyse en un acte juridique unilatéral qui n'a pas à être accepté et qui ne peut pas être rétracté, Com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 862, n° 194, B. Saintourens. *Contra*, Pau 7 mai 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 185, n° 41, A. Lecourt ; *RTD com.* 2007, p. 776, P. Le Cannu et B. Dondero. V. égal. Com. 15 nov. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 65, n° 14, P. Le Cannu (membres du conseil de surveillance se portant fort de l'indemnisation du président du directoire démissionnaire). Lorsqu'une personne physique accédant à un nouveau mandat se trouve en infraction avec les dispositions relatives au cumul, elle dispose d'un délai de trois mois pour se démettre de l'un de ses mandats. À l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise de son nouveau mandat et doit restituer les rémunérations perçues sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des opérations auxquelles elle a pris part (art. L. 225-67-III).

4. B. Saintourens, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, *Bull. Joly* 2005, p. 667, n° 152. Sur les modalités de départ des membres du directoire de sociétés cotées, depuis la « loi Breton » du 26 juill. 2005, *infra* n° 452.

Ces nouvelles modalités de révocation vont modifier les relations entre le directoire et le conseil de surveillance et doivent inciter les membres du conseil à exercer une surveillance accrue sur le directoire et à ne pas tarder, par exemple, à décider une révocation qui s'impose, sous peine d'engager leur propre responsabilité.

L'interprétation *a contrario* de l'article L. 225-105, al. 3 conduit à décider que l'assemblée générale ne peut statuer sur la révocation d'un membre du directoire que si cette question est inscrite à l'ordre du jour. Cependant, la jurisprudence antérieure à 1966 sur les incidents de séance (*supra*, n° 386) paraît applicable ¹.

La révocation est libre. Toutefois, à la différence de la révocation des administrateurs et du PDG de la SA de type classique, si elle est décidée **sans juste motif**, elle peut donner lieu à dommages-intérêts (art. L. 225-61, al. 1) mais pas à réintégration ². La solution, qui existe également pour les gérants de société en nom collectif (*supra*, n° 138), de SARL et désormais pour les directeurs généraux de la SA avec conseil d'administration (*supra*, n°s 188 et 431), est excellente ³. Elle permet de renforcer l'indépendance du directoire. Le principe du contradictoire doit être également respecté ⁴.

La **notion de juste motif** doit s'apprécier comme dans les SNC et les SARL ⁵. C'est ainsi qu'il n'y a pas juste motif de révocation lorsque le membre du directoire n'a commis aucune faute de gestion, et s'est simplement abstenu en assemblée générale sur la désignation d'un membre du conseil de surveillance, se bornant à user de son droit de s'exprimer librement ⁶. Il en est de même lorsque la société abandonne la structure duale. Le président du directoire ne peut pas prétendre que la cessation de ses fonctions qui en résulte constitue une révocation sans juste motif, sauf détournement de procédure constitutif d'une fraude ⁷.

1. En ce sens, Paris 17 janv. 2003, *BRDA* n° 7-2003, p. 2 ; *JCP E* 2003, 1203, n° 6, J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; Lyon 15 déc. 2005, *JCP E* 2006, 1672.

2. Com. 22 nov. 1977, *Rev. sociétés* 1978, 483, Y. Guyon, qui précise également que si les dommages-intérêts doivent réparer le préjudice subi, ce préjudice n'est pas nécessairement égal à l'intégralité de la rémunération qui aurait dû être versée au membre du directoire entre la date de sa révocation et celle de l'expiration normale de ses fonctions. V. dans le même sens, Paris, 20 nov. 1980, *Rev. sociétés* 1981, p. 583, P. Le Cannu ; Versailles, 27 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 1021, n° 373, P. Le Cannu.

3. Sur le point de savoir si les statuts pourraient stipuler que les membres du directoire n'auront droit à aucune indemnité, même si la révocation intervient sans juste motif, *rappr.* Civ. 3^e, 6 janv. 1999, *JCP E* 1999, p. 1278, D. Miellet.

4. Paris 28 mai 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1411, n° 280, J. Ph. Dom ; *JCP E* 2005, 131, n° 5, J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *RTD com.* 2004, p. 752, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris 25 janv. 2005, *RTD com.* 2005, p. 550, P. Le Cannu.

5. R. Baillod, *Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux*, *RTD com.* 1983, 395.

6. Com. 7 juin 1983, *Rev. sociétés* 1983, p. 796, P. Le Cannu, rejetant le pourvoi contre Paris, 20 nov. 1980, *préc.* ; Paris, 17 nov. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 443, n° 128, J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1993, p. 813, P. Le Cannu (évolution du préjudice, sort des options de souscription d'actions) ; Paris, 31 janv. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 791, n° 173, P. Le Cannu (légèreté blâmable de la société dans le recrutement) ; Paris 28 mai 2004 *préc.* (simple mésentente entre membres du directoire sans conséquence sur le fonctionnement de la société)

7. Com. 4 févr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 537, Y. Chartier ; *Bull. Joly* 1997, p. 306, n° 122, P. Le Cannu ; *JCP E* 1997, I, 676, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; D. 1998, p. 362, D. Roure ; Paris, 20 déc. 1982, *préc.*, *Rev. sociétés* 1983, 786, P. Le Cannu.

En revanche, il y a juste motif de révocation, lorsque des fautes de gestion ont été commises, surtout lorsqu'elles paraissent susceptibles d'une qualification pénale ¹.

Sur la situation plus délicate lorsque s'opère un changement de majorité et qu'une divergence de vue sur la gestion ou la politique sociale survient entre le nouveau groupe d'actionnaires majoritaire et un membre du directoire, la Cour de cassation a admis que la révocation de ce dernier est justifiée dès lors que la divergence est de nature à nuire à l'efficacité de la direction ². Le juste motif doit donc s'apprécier non seulement en fonction du comportement du membre du directoire intéressé, mais également en fonction de l'intérêt social ³.

Des dommages et intérêts peuvent être accordés en cas de **révocation brutale**, par exemple en cas de non respect du contradictoire. La Cour de cassation considère que les droits de la défense sont respectés dès lors que le dirigeant a été mis en mesure de faire valoir ses observations. Lorsque des dommages et intérêts sont alloués, ils doivent réparer un préjudice distinct de celui résultant de la révocation ⁴.

Au cas où l'intéressé aurait conclu avec la société un contrat de travail, la révocation de ses fonctions de membre du directoire n'a pas pour effet de résilier ce contrat (art. L. 225-61, al. 2) ⁵. Et, à l'inverse, la faute justifiant un licenciement ne constitue pas nécessairement un juste motif de révocation ⁶.

Dans les sociétés cotées, les **parachutes dorés**, les compléments de retraite consentis aux membres du directoire sont, comme dans la SA de type classique, soumis à la procédure des conventions réglementées et leur octroi dépend des performances du bénéficiaire et de la société : art. L. 225-90-1 nouv. (*supra*, n^{os} 400, 419, 431 ; *infra*, n^o 451).

S'agissant seulement du retrait au **président du directoire** de sa qualité, tout en le laissant membre du directoire, on admet généralement que la décision puisse être prise par le conseil de surveillance en application du parallélisme des formes (*supra*, n^o 439) ⁷.

1. Paris, 11 mars 1983, *RJ com.* 1984, p. 146, P. Le Cannu ; *JCP* 1983, II, 20093 concl. Connén.

2. Com. 17 juill. 1984, *Rev. sociétés* 1984, 791, J. Guyénot ; *D.* 1985, IR 137, J. Cl. Bousquet ; Paris 17 janv. 2003, *BRDA* n^o 8-2003, p. 3 ; *JCP E* 2003, 1203, n^o 5, J.J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

3. Com. 19 déc. 2006, *Rev. sociétés* 2007, p. 331, B. Saintourens ; *Bull. Joly* 2007, p. 502, n^o 129, P. Le Cannu ; *JCP E* 2007, 1877, n^o 5, J.J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (mécontente de nature à compromettre l'intérêt social) ; Com. 24 avr. 1990, *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 239, M. Jeantin et A. Viandier.

4. Com. 15 mai 2007, *JCP E* 2007, 2158, A. Viandier ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 780, M. L. Coquelet ; *RTD com.* 2007, p. 773, P. Le Cannu et B. Dondero ; Paris, 5 mars 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 686, n^o 153, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1999, n^o 103, D. Vidal ; *RTD com.* 1999, p. 449, B. Petit et Y. Reinhard ; 2000, p. 112, Cl. Champaud et D. Danet ; *JCP E* 1999, p. 1240, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Cf. égal. P. Le Cannu, *Le principe de contradiction et la protection du dirigeant*, préc., *Bull. Joly* 1996, p. 11, n^o 2.

5. Paris 26 mars 2004, *RTD com.* 2004, p. 518, Cl. Champaud et D. Danet, et 2005, p. 768, P. Le Cannu (président salarié). V. cependant Pau 7 mai 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 185, n^o 41, A. Lecourt ; *RTD com.* 2007, p. 776, P. Le Cannu et B. Dondero.

6. Com. 20 juin 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 252, n^o 50, G. Auzéro ; *RTD com.* 2006, p. 865, P. Le Cannu.

7. Versailles 17 mars 2005, *JCP E* 2005, 1834, n^o 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *Bull. Joly* 2005, p. 1264, n^o 279, P. Le Cannu ; *RTD com.* 2005, p. 534, Cl. Champaud et D. Danet.

§ 2. Fonctionnement

443 Organisation ◇ La loi qui est dans l'ensemble très précise, voire méticuleuse en matière de sociétés commerciales, est très discrète sur l'organisation du directoire. L'article L. 225-64, al. 4 abandonne aux statuts le soin de décider dans quelles conditions le directoire doit délibérer et prendre ses décisions (périodicité des réunions, modalités de convocation, possibilité de représentation, conditions de quorum et de majorité...). Mais pour éviter la trop grande rigidité statutaire, rien n'interdit au directoire d'élaborer son propre règlement intérieur ¹.

Les textes précisent seulement que le directoire, organe en principe collégial (art. R. 225-39), doit avoir un *président*, nommé par le conseil de surveillance et non par les autres membres du directoire (art. L. 225-59, al. 1) ². Un ou plusieurs de ceux-ci peuvent se voir reconnaître un pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers (art. L. 225-66, al. 2, *infra*, n° 445). Ils prennent alors le titre de *directeur général* ³.

444 Attributions du directoire ◇ Le directoire est investi d'un certain nombre d'**attributions particulières** énumérées par la loi : il convoque les assemblées générales et fixe leur ordre du jour (art. L. 225-103 et L. 225-105) ; il réalise l'augmentation ou la réduction du capital social sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire (art. L. 225-129, al. 3 et L. 225-204). À l'égard du conseil de surveillance, il est tenu d'obligations précises, qui peuvent être lourdes pour une société de taille même moyenne, afin que celui-ci puisse exercer sa mission de contrôle : rapport trimestriel sur la marche de la société, rapport de gestion ; établissement des comptes annuels, et, dans les sociétés importantes, des documents de gestion prévisionnelle (*infra*, n° 451).

Mais surtout, le directoire a une **attribution générale** : il est investi des **pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société** (art. L. 225-64, al. 1) ⁴. Ses pouvoirs sont donc les mêmes que ceux du directeur général dans la société de type classique (art. L. 225-56) et ses restrictions identiques (*supra*, n°s 403 s.). En effet, il doit exercer ses pouvoirs dans la limite de l'*objet social*, mais cette limite ne vaut que dans l'ordre

Cf. cependant R. Contin et M. Deslandes, *Interrogations sur la société anonyme avec directoire*, D. 1977, Chron. 295.

1. P. Le Cannu, *Le règlement intérieur des sociétés*, Bull. Joly 1986, p. 723.

2. On sait que lorsqu'une seule personne exerce les fonctions dévolues au directoire, elle prend le titre de directeur général unique (art. L. 225-59, al. 2 ; *supra*, n° 439).

3. La confusion ne doit pas être faite avec le directeur général ou le directeur général délégué de la société anonyme de type classique (*supra*, n°s 429 s.), ni avec le directeur général unique (art. L. 225-59, al. 2).

4. Sur le pouvoir du directoire de déléguer un préposé pour déclarer les créances de la société, Com. 22 janv. 2008, Bull. Joly 2008, p. 419, n° 90, L. Nurit-Pontier ; Rev. sociétés 2008, p. 179, J. F. Barbiéri.

interne ¹. À l'égard des tiers, la société est engagée même par les actes du directoire qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve (art. L. 225-64, al. 1 et 2). En application des principes de hiérarchisation et de séparation des pouvoirs (*supra*, n° 404), le directoire ne peut non plus empiéter sur les pouvoirs expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires (*id.* al. 1).

C'est ainsi que le directoire ne pourrait désigner lui-même son président (*cf.* art. L. 225-59, al. 1) ou ses directeurs généraux (*cf.* art. L. 225-66, al. 2), autoriser les conventions passées entre la société et l'un de ses membres (*cf.* art. L. 225-86, al. 1).

De même, doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance les opérations de cession d'immeuble par nature, de cession totale ou partielle de participations, de constitution de sûreté ², ainsi que les cautions, avals et garanties, sauf dans les sociétés exploitant un établissement bancaire ou financier (art. L. 225-68, al. 2 et R. 225-53, R. 225-54). Il n'appartient pas au directoire de fixer la rémunération des membres du conseil de surveillance (*v.* art. L. 225-83, al. 1^{er}) ou de décider une augmentation du capital (*v.* art. L. 225-129, al. 1).

Les statuts pourraient également limiter les pouvoirs du directoire en subordonnant à l'autorisation préalable du conseil la conclusion d'opérations importantes qu'ils énumèrent (contrats dépassant un certain montant... art. L. 225-68, al. 2) ³. Mais toutes ces restrictions statutaires sont inopposables aux tiers (art. L. 225-64, al. 3 ; *v. infra*, n° 452 *in fine*).

Lorsqu'une opération exige, statutairement, l'autorisation du conseil de surveillance et que celui-ci la refuse, le directoire peut soumettre le différend à l'assemblée générale des actionnaires qui décide de la suite à donner au projet (art. R. 225-40).

Cet arbitrage joue également pour les actes importants (cession d'immeuble, cession de participation, constitution de sûreté) ainsi que pour les cautions, avals et garanties (art. L. 225-68, al. 2).

Les conditions d'octroi de l'autorisation et son opposabilité aux tiers sont soumises aux mêmes règles que dans la SA traditionnelle, pour l'autorisation donnée par le conseil d'administration à son président (*supra*, n° 397).

Pour exercer ces différentes attributions, les membres du directoire doivent de façon permanente agir collégalement. Mais dans un souci d'efficacité, avec l'autorisation du conseil de surveillance et sauf clause contraire des

1. Sa violation constituerait bien entendu un juste motif de révocation.

2. Si, en principe, l'autorisation du conseil s'impose pour toutes ces opérations, celui-ci peut cependant fixer par opération les montants en deçà desquels son autorisation n'est pas nécessaire. À la différence du régime applicable aux cautions, avals et garanties, l'absence d'autorisation est inopposable aux tiers, à moins que la société prouve que ceux-ci en avaient eu connaissance ou ne pouvaient l'ignorer (art. R. 225-54, al. 3).

3. Paris, 25 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 852, n° 250, P. Le Cannu (cession partielle de fonds de commerce).

statuts, ils peuvent répartir entre eux les tâches de direction ¹. Cette répartition, qui joue dans l'ordre interne, ne peut cependant en aucun cas avoir pour effet de retirer au directoire son caractère d'organe assurant collégialement la direction de la société (art. R. 225-39). Vis-à-vis des tiers, le pouvoir de représentation de la société n'appartient qu'au président du directoire (ou au directeur général unique) et, éventuellement, aux directeurs généraux.

445 Attributions du président du directoire et des directeurs généraux ◇ Le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers n'a pas été accordé par la loi à tous les membres du directoire, conjointement ou individuellement. Ce pouvoir de représentation appartient en principe au *président du directoire* (ou au directeur général unique ; art. L. 225-66, al. 1) ² qui n'a pas pour autant un pouvoir de direction plus étendu que celui des autres membres du directoire ³, puisque la direction doit être assurée collégialement de façon permanente (*supra*, n° 444). Toute autre solution transformerait le directoire en un organe de contrôle qui ferait double emploi avec le conseil de surveillance ⁴.

Les statuts peuvent également habiliter le conseil de surveillance à attribuer le même pouvoir de représentation à un ou plusieurs autres membres du directoire ⁵ qui portent alors le titre de *directeur général* (art. L. 225-66, al. 2).

Les dispositions statutaires qui limiteraient le pouvoir de représentation de la société étant inopposables aux tiers (al. 3), le président du directoire, le directeur général unique, les directeurs généraux engagent également la société.

La clause du pacte social, qui exigerait pour certaines opérations importantes la signature du président et celle d'un autre membre du directoire, ou la disposition qui répartirait les tâches de représentation entre plusieurs personnes, serait donc sans effet vis-à-vis des tiers.

1. Des délégations de pouvoir limitées peuvent être également consenties par le directoire soit à l'un de ses membres, soit à des tiers, salariés de la société (cf. art. R. 225-53, al. 4 dont l'application peut être généralisée). Sur la nomination d'un préposé de la société pour déclarer les créances dans le cadre des procédures collectives, Com. 22 janv. 2008, préc.

2. Sur les pouvoirs du directeur général unique en cas de redressement judiciaire de la société, Com. 7 févr. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 419, n° 143, P. Le Cannu.

3. Douai, 17 juin 1976 préc. La logique de la collégialité aurait dû conduire à ne pas instaurer de fonction présidentielle. Le législateur a cependant estimé souhaitable pour la sécurité des tiers que, quelles que soient les dispositions statutaires, ceux-ci puissent s'adresser à une personne légalement investie du pouvoir de représentation, R.M. JO déb. AN 8 mai 1975, p. 2498 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 543.

4. Y. Guyon, n° 354.

5. Voir à l'ensemble des membres du directoire, R.M. JO déb. AN 8 mai 1975 préc.

§ 3. Responsabilités des membres du directoire

446 Analogie avec la situation des administrateurs et du directeur général ◇ Les membres du directoire sont soumis à la même *responsabilité civile* que les administrateurs et le directeur général de la SA de type classique et dans les mêmes conditions (art. L. 225-256 al. 1 ; *supra*, n^{os} 406 s., 437-1) ¹. En cas de liquidation judiciaires de la société, ils encourent comme tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, une responsabilité aggravée ² (art. L. 225-93 ; *supra*, n^{os} 413 s. et 437-1). Leur *responsabilité pénale* peut être également engagée par une transposition des mesures qui frappent les présidents, les directeurs généraux et les administrateurs dans la société anonyme de type classique (art. L. 242-30 ; L. 245-17 ; L. 247-9) ³. (Sur la nullité d'actes ou délibérations du directoire, *cf.* art. L. 235-1, al. 2 ; *infra*, n^o 486).

SOUS-SECTION 2. Le conseil de surveillance

§ 1. Statut

Le conseil de surveillance, organe collégial, a un statut proche de celui du conseil d'administration, dont les fonctions ont été redéfinies par la loi NRE (*supra*, n^o 395) ⁴.

447 Nomination ◇ Comme le conseil d'administration, le conseil de surveillance est composé de trois membres au moins et de dix-huit au plus. En cas de fusion de sociétés anonymes, le nombre de membres du conseil de surveillance pourra dépasser le nombre de dix-huit, pendant un délai de trois ans à compter de la date de la fusion, sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre (art. L. 225-69 et L. 225-95).

Depuis la loi de modernisation de l'économie, la loi n'impose plus que les membres du conseil de surveillance soient actionnaires. Ce sont les statuts qui peuvent imposer que chaque membre du conseil soit propriétaire d'un

1. C'est ainsi que les actionnaires peuvent se grouper pour exercer l'action individuelle contre les membres du directoire (art. R. 225-167).

2. Com. 19 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 526, n^o 180, P. Le Cannu (comblement du passif).

3. Crim. 5 sept. 1988, *Rev. sociétés* 1989, 76, W. Jeandidier (condamnation du président du directoire pour complicité d'abus de biens sociaux) ; Crim. 21 juin 2000, *RJDA* 2000, p. 891, n^o 1117 ; *JCP E* 2001, p. 897, A. Viandier et J. J. Caussain (responsabilité pénale du président du directoire en qualité de chef d'entreprise). Adde P. Morvan, *Délégations de pouvoirs en matière pénale dans la société anonyme à directoire*, *JCP E* 2008, 2337.

4. *Cf.* P. Le Cannu, *La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme*, *Bull. Joly* 1989, p. 479.

nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent (art. L. 225-72 al. 1^{er} nouv.).

Depuis la loi du 5 janvier 1988, qui a supprimé les actions de garantie des administrateurs (*supra*, n° 375), les membres du conseil de surveillance peuvent disposer librement de leurs actions. Mais s'ils cessent d'être propriétaires du nombre d'actions requis, ils sont réputés démissionnaires d'office s'ils n'ont pas régularisé leur situation dans les six mois (art. L. 225-72, al. 2 nouv.).

Le conseil de surveillance *peut*, comme le conseil d'administration, comprendre des membres élus par les salariés (art. L. 225-79 s.). La société a même l'*obligation* de nommer au conseil de surveillance un ou plusieurs représentants des salariés actionnaires lorsque ces derniers détiennent au moins 3 % du capital social (art. L. 225-71).

Les membres du conseil sont soumis à une limite d'âge analogue à celle applicable aux administrateurs (art. L. 225-70). Une personne morale peut être nommée au conseil de surveillance, mais elle doit désigner un représentant permanent (art. L. 225-76 et R. 225-42 et 225-43). Depuis la loi NRE, une personne physique ne peut, en principe, appartenir simultanément à plus de cinq conseils de surveillance ou d'administration de SA ayant leur siège sur le territoire français (art. L. 225-77) ¹. Bien entendu, on ne peut être à la fois membre du directoire et du conseil de surveillance d'une même société (art. L. 225-74 et R. 225-37).

Les membres du premier conseil de surveillance sont désignés dans les statuts (art. L. 225-16), ou par l'assemblée constitutive au cas exceptionnel où la société se constituerait par appel public à l'épargne. Au cours de la vie sociale, les nominations sont de la compétence de l'assemblée générale ordinaire (art. L. 225-75, al. 1) ². La cooptation s'opère dans les mêmes conditions que pour les administrateurs (art. L. 225-78 et R. 225-44).

Comme pour le conseil d'administration, des représentants du comité d'entreprise assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil de surveillance.

448 Rémunération ◇ Le président et le vice-président du conseil de surveillance peuvent percevoir une rémunération dont le montant est déterminé par le conseil (art. L. 225-81, al. 1) ³. Les autres membres du conseil de surveillance peuvent recevoir en rémunération de leur activité des *jetons de présence* dont l'assemblée générale détermine le montant global annuel, sans

1. Sur les règles limitant le nombre des mandats et les dérogations, *cf. supra*, n° 378 ; sur les dérogations admises dans les groupes et la sanction en cas de dépassement, *cf.* art. L. 225-77, al. 2 et 3 et, sur le plafond global du nombre des mandats, *cf.* art. L. 225-94-1.

2. Cependant, en cas de fusion ou de scission, la nomination peut être faite par l'assemblée générale extraordinaire (art. L. 225-75, al. 1^{er}).

3. *Cf.* sur les avatars de ce texte, Y. Reinhard, *RTD com.* 1987, p. 204, n° 2 ; ord. 21 oct. 1986 (art. 6) et rectific. JO 22 nov. 1986, p. 14093 ; D. 1986, L. 537. ; Soc. 25 janv. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1010, n° 232, P. Le Cannu (non assujettissement du président aux cotisations de sécurité sociale). V. égal. sur la possibilité d'un cumul avec une retraite, J. Cl. Gourgues, *Dirigeants sociaux et règle du non-cumul de fonctions rémunérées avec une pension de retraite*, JCP E 1995, I, 507.

être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures. Leur répartition entre les membres du conseil est déterminée par ce dernier (art. L. 225-83 et R. 225-60). En outre, les membres du conseil peuvent percevoir des *rémunérations exceptionnelles* pour les missions ou mandats qui leur sont confiés, mais il faut alors respecter la procédure de contrôle prévue pour les contrats conclus entre la société et ses dirigeants (art. L. 225-84, *infra*, n° 452). Le *régime fiscal* de la rémunération du Président, du vice-président et des membres du conseil de surveillance est le même que celui applicable aux administrateurs ¹.

Les membres du conseil de surveillance ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que ces jetons de présence ou rémunérations exceptionnelles. Toute clause statutaire contraire serait réputée non écrite, et toute décision contraire nulle (art. L. 225-85, al. 3) ².

Les rémunérations et avantages de toute nature versés à des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées doivent être mentionnés dans le rapport de gestion soumis aux actionnaires (art. L. 225-102-1).

Toutefois, depuis la *loi Madelin* du 11 février 1994, ils peuvent également recevoir un salaire dû au titre d'un *contrat de travail* correspondant à un emploi effectif (al. 1). Cette disposition légale a brisé la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui n'admettait pas qu'un membre du conseil de surveillance puisse être salarié de la société ³. Il n'est cependant pas satisfaisant que le conseil de surveillance ait un ou plusieurs de ses membres en position subordonnée vis-à-vis de ce directoire qu'il est chargé de contrôler. Un plafond a toutefois été instauré puisque le nombre des membres du conseil de surveillance liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des membres en fonctions, étant précisé que les membres du conseil de surveillance élus en qualité de salarié (art. L. 225-79 ; L. 225-80, *infra*, n° 542 et L. 225-71, *infra*, n° 541-1) ne sont pas comptés pour la détermination de ce nombre (art. L. 225-85, al. 2).

La rédaction de l'article L. 225-85, al. 1 n'interdit pas à un membre du conseil de surveillance, contrairement à l'administrateur, de se faire consentir un contrat de travail après sa nomination au conseil ⁴.

1. Ces fonctions sont donc rémunérées par des jetons de présence imposables en tant que revenus de capitaux mobiliers (*supra*, n° 390-2). Contrairement aux président, directeur général et directeurs généraux délégués dans la SA à conseil d'administration, le président du conseil de surveillance n'est pas fiscalement assimilé à un salarié. Sur le sort du président en ce qui concerne l'exonération d'ISF au titre des biens professionnels, *supra* n° 420.

2. Sur le remboursement des frais de voyage et des dépenses engagées dans l'intérêt de la SA, cf. art. R. 225-60 nouv.

3. V. Ass. plén. 4 juin 1993 (*aff. Salomonovitch*), JCP E 1993, II, 475, B. Petit ; JCP 1993, II, 22 112, concl. M. Jéol, note Y. Saint-Jours ; D. 1993, p. 501, concl. M. Jéol, note Y. Chartier ; Bull. Joly 1993, p. 746, n° 217, P. Le Cannu ; RTD com. 1993, p. 674, Y. Reinhard ; JCP E 1993, I, 288, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. L'interdiction du cumul était ressentie comme une gêne, en particulier dans les sociétés de famille : certains membres de la même famille, salariés de la société, ne pouvant siéger au conseil de surveillance, avaient le sentiment d'être évincés (Étude CREDA préc. p. 197).

449 Durée des fonctions ◇ La durée des fonctions des membres du conseil de surveillance est fixée par les statuts sans pouvoir excéder trois ans pour ceux qui sont désignés statutairement, et six ans en cas de nomination par l'assemblée générale (art. L. 225-75, al. 1). Toute nomination pour une durée supérieure serait nulle (al. 3). Sauf stipulation contraire des statuts, les membres du conseil de surveillance sont rééligibles (al. 2). Généralement un renouvellement par roulement est organisé afin de garantir la permanence du contrôle.

Les fonctions de membre du conseil de surveillance prennent fin par l'arrivée du terme prévu lors de la nomination, l'application des dispositions concernant la limite d'âge (art. L. 225-70), la nomination au directoire (les fonctions au conseil de surveillance cessant dès l'entrée en fonction au directoire ; art. R. 225-37), l'abandon de la structure dualiste avec adoption en assemblée générale extraordinaire du régime traditionnel avec conseil d'administration.

Ces fonctions prennent également fin par le décès, la démission ou par la révocation. Cette dernière, comme pour les administrateurs, peut intervenir *ad nutum*, par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires, sans avoir été inscrite à l'ordre du jour (art. L. 225-75, al. 2) ¹.

§ 2. Fonctionnement

450 Organisation ◇ Le conseil de surveillance est organisé comme le conseil d'administration. Il avait été envisagé, lors de l'élaboration du texte, de développer la participation des salariés sur toutes les questions relatives à la marche de l'entreprise (commissions mixtes paritaires entre conseil de surveillance et comité d'entreprise ou réunions paritaires), mais le Sénat a estimé cette réforme prématurée.

L'innovation est venue, mais seulement à titre facultatif, avec l'ordonnance du 21 octobre 1986 (*supra*, n° 447, *infra*, n°s 540 s.).

Le conseil ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents. Les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés. En cas de partage des voix, et sauf disposition contraire des statuts, la voix du président de séance est prépondérante (art. L. 225-82) ².

Depuis la loi NRE et la « loi Breton » du 26 juillet 2005, le règlement intérieur du conseil de surveillance peut prévoir, sauf si les statuts l'interdisent, que les membres

1. V. par ex. T. com. Marseille 8 sept. 1983, *Rev. sociétés* 1984, p. 80, J. Mestre, indiquant que les juges du fond n'ont pas à apprécier le motif de la révocation ; T. com. Paris, 26 mars 1985, *Rev. sociétés* 1986, 411, J. Guyénot ; *Gaz. Pal.* 1985, II, 465, J.-P. Marchi, octroyant des dommages-intérêts au président du conseil de surveillance révoqué de ses fonctions de président et de membre du conseil, sur proposition des membres du directoire (*sic*), par une assemblée irrégulière.

2. Sur les modalités de convocation, délibération et formalités, cf. art. R. 225-45 à R. 225-52.

du conseil ont la faculté de participer et de voter aux réunions par des moyens de visioconférence ou de conférence téléphonique (cf. art. L. 225-82, al. 3).

Le conseil de surveillance doit élire en son sein un **président** et un vice-président qui, à peine de nullité, sont nécessairement des personnes physiques (art. L. 225-81) ¹. Le président ² a un rôle très limité, voisin de celui du président non exécutif dans la SA de type classique (*supra*, n° 422). Il n'est pas le représentant légal de la société ³. Il est chargé de convoquer le conseil et d'en diriger les débats (al. 1) ⁴. C'est lui qui donne avis au commissaire aux comptes des conventions passées entre les dirigeants ou les actionnaires disposant de plus de 10 % des droits de vote et la société, et autorisées par le conseil en application de l'article L. 225-86 (*infra*, n° 452). Les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales doivent lui être communiquées par les intéressés. Lui-même doit en communiquer la liste et l'objet aux membres du conseil de surveillance et aux commissaires aux comptes (cf. les limitations apportées par la loi de sécurité financière, *in* art. L. 225-87, al. 2).

Dans les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le président doit également rendre compte, dans un rapport à l'assemblée générale des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil de surveillance ainsi que des procédures de **contrôle interne et de gestion des risques** mises en place par la société (sur le contenu de ce rapport, cf. art. L. 225-68 nouv.) ⁵.

451 **Attribution générale** ⁶ ◇ Le rôle essentiel du conseil consiste à exercer « le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire » (art. L. 225-68, al. 2) ⁷.

Sans doute ce contrôle porte-t-il sur la *régularité des comptes*, mais cette tâche incombe avant tout au commissaire aux comptes ⁸. Le contrôle du conseil de surveillance s'exerce essentiellement sur la *régularité de la gestion* par rapport aux dispositions législatives et statutaires, et sur l'*opportunité* des

1. Le conseil de surveillance détermine, s'il l'entend, leur rémunération (art. L. 225-81 al. 1^{er}).

2. J. J. Caussain, *L'autre Président : le Président du conseil de surveillance (statut, attributions, responsabilité)* in *Mélanges P. Didier, Economica* 2008, p. 101.

3. Paris, 27 juin 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 824, Y. Guyon ; Paris, 9 juin 1995, *JCP E* 1996, I, 541, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain (défaut de qualité pour déclarer la cessation des paiements).

4. Depuis la loi de sécurité financière, le président doit rendre compte dans un rapport à l'assemblée des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société (art. L. 225-68, al. 7).

5. Ce rapport est identique à celui que doit établir le président du conseil d'administration, cf. *supra* n° 393.

6. H. Chassery, *Les attributions du conseil de surveillance*, *RTD com.* 1976, p. 449.

7. La mission de contrôle ne s'étend pas de plein droit aux sociétés dans laquelle la société contrôlée détient des participations, Paris 30 août 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 205, n° 40, R. Baillod.

8. M.D. Cruège, *La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire*, *Rev. sociétés* 1975, p. 421.

actes de gestion du directoire, mais le conseil ne doit pas s'immiscer dans cette gestion, ni l'entraver ¹. C'est pourquoi la jurisprudence décide que les membres du conseil de surveillance ne sont pas des dirigeants de droit ².

Pour exercer ce contrôle, le conseil de surveillance bénéficie de nombreux moyens (art. L. 225-68).

À toute époque de l'année, il opère les vérifications et contrôles qu'il juge opportuns et peut se faire communiquer les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission (al. 3). Une fois par trimestre au moins, le directoire doit lui présenter un rapport sur la marche des affaires sociales (al. 4). Dans les trois mois suivant la clôture de chaque exercice, le directoire doit lui présenter aux fins de vérification et de contrôle les comptes sociaux qui seront soumis à l'approbation de l'assemblée annuelle (al. 5, art. R. 225-55).

Les commissaires aux comptes doivent lui faire connaître en même temps qu'au directoire les contrôles et vérifications auxquels ils ont procédé, les irrégularités et inexactitudes qu'ils auraient découvertes ainsi que les conclusions auxquelles ils sont parvenus (art. L. 823-16). Si une expertise de gestion a été effectuée dans le cadre de l'article L. 225-231, le rapport de l'expert doit être adressé non seulement au demandeur, mais aussi au conseil de surveillance et au directoire (al. 4).

Le contrôle est donc essentiellement un contrôle a posteriori ; cependant, depuis la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises, les sociétés tenues d'établir des documents prévisionnels doivent les communiquer dans les huit jours de leur établissement au conseil de surveillance (art. R. 232-6). En outre, lorsqu'une procédure d'alerte est déclenchée, à défaut de réponse satisfaisante du directoire au commissaire aux comptes, le conseil de surveillance doit être réuni et délibérer sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (art. L. 234-1 et R. 234-1 s.).

Ainsi informé, grâce à son droit de communication et à son pouvoir d'investigation, le conseil de surveillance présente à l'assemblée annuelle ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice (art. L. 225-68 *in fine*).

Bien que le conseil de surveillance exerce ses fonctions collégialement, chacun de ses membres a le droit de demander au directoire tous renseignements et documents qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission de contrôle, compte tenu de la responsabilité personnelle qu'il peut encourir (*infra*, n° 453). Cependant, il ne pourrait se faire assister d'un technicien étranger à la société ³.

Pour l'exercice de ses missions, le conseil de surveillance peut conférer à un ou plusieurs de ses membres tous *mandats spéciaux* pour un ou plusieurs objets déterminés (art. R. 225-56, al. 1). Il peut également décider la création en son sein de **commissions d'études** dont il fixe la composition et les attributions et qui exercent leur activité sous sa responsabilité, sans que lesdites attributions puissent avoir pour objet de déléguer à une commission

1. Sur la possibilité pour le conseil de recourir à un cabinet d'audit, Paris 14 juin 2002, JCP E 2003, 627, J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

2. Com. 12 juill. 2005, D. 2005, p. 2071, A. Lienhard.

3. R.M. JO déb. AN 25 janv. 1975, p. 310 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 332.

les pouvoirs qui sont attribués au conseil de surveillance lui-même par la loi ou les statuts, ni pour effet de réduire ou limiter les pouvoirs du directoire (al. 2).

Sous l'influence du gouvernement d'entreprise (*supra*, n° 248), ces comités se sont particulièrement développés depuis 1995 dans les sociétés cotées en bourse (comités d'audit, des rémunérations, de sélection...).

452 Attributions particulières ◇ Outre cette mission générale de contrôle, le conseil de surveillance est doté par la loi — il peut l'être également par les statuts — d'attributions particulières qui le conduisent à intervenir peu ou prou dans la *gestion interne* de l'entreprise. La différence de principe opposant le conseil de surveillance au conseil d'administration est alors sérieusement atténuée. Celui-là dépasse incontestablement son simple rôle de surveillance.

On sait que la loi accorde un important **pouvoir de nomination** au conseil de surveillance : c'est lui qui désigne les membres du directoire, fixe leur rémunération (*supra*, n°s 439, 440). Il peut même les révoquer si les statuts l'y autorisent (art. L. 225-61, al. 1^{er}, *supra*, n° 442). C'est également lui qui désigne le président du directoire (*supra*, n° 439) et, sur habilitation des statuts, il peut nommer un ou plusieurs directeurs généraux (*supra*, n° 443). Le conseil de surveillance doit aussi déposer un projet de résolution afin de proposer les noms des commissaires aux comptes qui doivent être désignés par l'assemblée générale des actionnaires (art. L. 225-228, al. 1^{er}).

Il a également un **pouvoir de décision**, en ayant compétence pour déplacer le siège social dans le même département ou un département limitrophe, sous réserve de ratification de cette décision par la prochaine assemblée générale ordinaire (art. L. 225-65). Concurrément avec le directoire, il peut aussi convoquer les assemblées générales d'actionnaires (art. L. 225-103-III) ¹. Il a enfin un **pouvoir d'autorisation** des opérations importantes (cessions d'immeubles et de participations, constitutions de sûretés), des cautions, avals et garanties donnés par la société (*supra*, n° 444) et des conventions entre la société et un membre du directoire ou du conseil de surveillance (art. L. 225-86 s.) ².

1. Il y a d'ailleurs là un sérieux risque de difficultés dans le fonctionnement de la société, avec, par exemple, deux assemblées convoquées sur des ordres du jour différents. Cf. H. Lecompte, *Étude de divers problèmes concernant le fonctionnement des sociétés avec directoire*, in *Mélanges en l'honneur de D. Bastian*, Librairies techniques, T. 1, p. 145, spéc. p. 156 et s.

2. La « loi Breton » du 26 juill. 2005, dans un souci de transparence, soumet également les modalités de départ des dirigeants de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé à la procédure de contrôle. Sont visés les engagements pris au bénéfice d'un membre du directoire, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci (art. L. 225-90-I). Le même dispositif s'applique aux salariés nommés membres du directoire (cf. art. L. 225-79-1). La loi du 21 août

La procédure de contrôle est analogue à celle prévue dans la société de type classique (art. L. 225-38 s., *supra*, n^{os} 401 s.)¹. Qu'il suffise de signaler ici que le membre du directoire, du conseil de surveillance ou l'actionnaire intéressé est tenu d'informer le conseil dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle la procédure est applicable (art. L. 225-88, al. 1). Le conseil de surveillance doit statuer sur l'autorisation préalablement à la convention (art. L. 225-86, al. 1)²; et c'est au président du conseil de surveillance qu'il appartient d'aviser le commissaire aux comptes de toutes les conventions autorisées et de les soumettre à l'approbation de l'assemblée générale (art. L. 225-88, al. 2). En cas de refus d'approbation par l'assemblée, c'est la responsabilité de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du directoire, qui peut être engagée (art. L. 225-89 al. 2)³. Quant aux opérations portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales, sauf lorsqu'en raison de leur objet ou de leurs implications financières, elles ne sont significatives pour aucune des parties, elles sont communiquées par l'intéressé au président du conseil de surveillance. La liste et l'objet de ces conventions sont ensuite communiqués par le président aux membres du conseil de surveillance et aux commissaires aux comptes (art. L. 225-87, al. 2).

Cette liste d'attributions particulières conférées par la loi, qui permettent au conseil de surveillance de jouer un rôle non négligeable dans la gestion de la société, peut être encore allongée par les statuts. En effet, le pacte social peut toujours prévoir que la conclusion des opérations qu'il énumère est subordonnée à l'autorisation préalable du conseil de surveillance (art. L. 225-68, al. 2). Les statuts privilégient alors le conseil dans la gestion interne, au détriment de la séparation des fonctions et du fragile équilibre instaurés par le législateur. Mais ces limitations de pouvoirs du directoire sont inopposables aux tiers (art. L. 225-64, al. 3).

Cette extension d'attributions au profit du conseil de surveillance n'est cependant pas sans danger. Un transfert peut ainsi s'opérer du contrôle à la gestion et il pourra alors être possible de rechercher la responsabilité des membres du conseil de surveillance en leur qualité de dirigeant de fait de la société⁴.

2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat lie l'attribution de ces **parachutes dorés** aux performances obtenues par le bénéficiaire et sa société (*cf.* art. L. 225-90-1, al. 2 à 6 *nouv.*; *supra*, n^o 400 *in fine*).

1. *Cf.* par ex. sur la notion d'opérations courantes conclues à des conditions normales, Paris, 10 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 338, n^o 116, crit. J.-J. Daigre.

2. Paris, 13 nov. 1991, *JCP E* 1992, I, 172, n^o 10, A. Viandier et J.-J. Caussain (application de l'art. L. 225-90 C. com. en cas de défaut d'autorisation préalable); Soc. 11 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 880, n^o 317, P. Le Cannu (défaut d'autorisation d'un contrat de travail d'un membre du directoire).

3. *Cf.* J. Cl. May, *Étude ponctuelle sur la responsabilité des membres du conseil de surveillance (et du directoire) en cas de désapprobation par l'assemblée générale d'une convention conclue entre la société et l'un de ses dirigeants* (art. L. 146 al. 2), *RJ com.* 1987, p. 1.

4. Ph. Engel, *Diriger ou contrôler : ne faut-il pas choisir ?* *JCP E* 1996 panor. p. 294; Com. 12 juill. 2005, D. 2005, p. 2071, A. Lienhard.

§ 3. Responsabilités des membres du conseil de surveillance

453 Responsabilité civile ◇ Les membres du conseil de surveillance ne sont responsables que des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat ¹ ; et ils peuvent être déclarés civilement responsables des délits commis par les membres du directoire si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale. Mais, n'ayant pas la qualité de dirigeant, ils n'encourent *aucune responsabilité, en raison des actes de la gestion* et de leur résultat (art. L. 225-257, al. 1) ², sauf s'ils s'immiscent eux-mêmes dans la gestion ³.

En cas de procédure collective de la société, la responsabilité aggravée qui pèse sur les dirigeants (art. L. 225-93 ; *supra*, n^{os} 413 s.) ne joue pas contre les membres du conseil de surveillance ⁴, sauf si leur immixtion est telle qu'ils puissent être considérés comme des dirigeants de fait.

Les membres du conseil de surveillance ne peuvent être considérés comme dirigeants de fait qu'à condition qu'ils aient, en dehors de l'exercice de leur mission de membre du conseil de surveillance, en fait, exercé, séparément ou ensemble et en toute indépendance, une activité positive de direction dans la société ⁵.

(Sur les nullités éventuelles d'actes ou délibérations du conseil de surveillance, *cf.* art. L. 235-1, al. 2 ; *infra*, n^o 486).

454 Responsabilité pénale ◇ Les peines prévues par la loi à l'encontre des dirigeants de la société anonyme de type classique, sont applicables aux membres du conseil de surveillance, « *selon leurs attributions* » (art. L. 242-30 ; L. 245-17 ; L. 247-9). C'est dire qu'étant donné leur simple mission de contrôle, leur responsabilité pénale ne sera qu'exceptionnellement engagée ⁶.

1. Com. 13 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n^o 50, p. 38 (informations tronquées et mensongères sur une opération). Les actionnaires ne peuvent pas exercer l'action sociale contre eux (art. R. 225-169 al. 1^{er}). Ils ne peuvent pas non plus se grouper pour exercer une action individuelle (art. R. 225-167 *a contrario*).

2. R.M. JO déb. Sénat 19 avr. 1990, p. 876, *JCP E* 1990, II, 15 838, n^o 8, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 9 mai 1978, précité, D. 1978, p. 419, M. Vasseur. *Cf.* art. P. Le Cannu préc. *supra*, n^o 446 et Com. 18 avr. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 568, n^o 210, rendu à propos de la détermination des biens professionnels exclus de l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes ; Com. 9 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1041, n^o 336, P. Le Cannu ; *JCP E* 1991, I, 61, n^o 10, A. Viandier et J.-J. Caussain et CE 31 mars 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 694, n^o 195 (IGF).

3. Paris, 8 juill. 1975, *Rev. sociétés* 1976, 114, J.G.

4. D'où l'intérêt pour les sociétés de capital-risque d'être membres du conseil de surveillance plutôt que membres du directoire ou administrateurs de la société dans laquelle elles interviennent ; *cf.* Paris, 18 juin 1991 et 4 févr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 277, n^o 82, A. Couret.

5. Com. 12 juill. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 162, F. X. Lucas ; D. 2005, p. 2071, A. Lienhard ; *JCP E* 2005, 1834, n^o 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

6. Paris, 8 nov. 1976, *JCP* 1977, II, 18 745, obs. H. Guérin. V. Paris, 15 févr. 1979, *BCNCC* 1979, 197, condamnant un président de conseil de surveillance pour complicité de présentation de bilan inexact.

455 **Avantages et inconvénients de la société avec directoire et conseil de surveillance** ¹ ◇ Les avantages de la société à directoire ne sont pas niables ² : la séparation des fonctions de contrôle et de gestion est bien assurée. Cette dualité est bien adaptée aux idées développées dans le cadre du gouvernement d'entreprise (*supra*, n° 248). La direction collégiale permet d'éviter la domination du « PDG » et de résoudre plus facilement les problèmes de gestion souvent complexes, grâce à la spécialisation des membres du directoire et à une meilleure cohésion de la direction. Les décisions peuvent être prises plus rapidement, les membres du directoire étant généralement présents dans la société de façon permanente. Le statut de membre du directoire, permettant de cumuler un contrat de travail et d'obtenir des dommages-intérêts en cas de révocation sans juste motif, est également un avantage non négligeable, d'autant que le membre du directoire n'est pas obligatoirement actionnaire de la société. Les responsabilités sont également mieux réparties entre membres du conseil de surveillance et du directoire.

Ces avantages font que la structure dualiste est volontiers adoptée par les sociétés étrangères qui créent des filiales en France. En outre, il n'est pas rare qu'au moment où le fondateur de l'entreprise souhaite prendre du recul tout en gardant une certaine influence, la structure traditionnelle soit abandonnée, et que le président du conseil d'administration devienne président du conseil de surveillance, ses enfants ou ses proches passant au directoire ³. La pratique montre également qu'à l'occasion d'un changement de majorité ou d'opérations de restructuration, des mutations dans les postes de direction peuvent être rendues plus faciles grâce à la structure nouvelle.

Il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle la société anonyme avec directoire et conseil de surveillance ne tient en France qu'une place marginale. Les raisons de cet échec sont multiples ⁴ : la force des habitudes, aussi bien chez les chefs d'entreprise que chez les praticiens du droit des sociétés, joue en faveur de la société traditionnelle. La séparation entre les fonctions de « décideur » et de « contrôleur » n'a pas toujours été bien comprise et le choix à opérer entre les deux organes de la société nouvelle s'est révélé très difficile pour les dirigeants habitués à être administrateurs. Le principe de la collégialité du directoire n'est pas conforme aux mentalités françaises, pour lesquelles l'entreprise doit avoir un unique « patron », quoi qu'en pensent les partisans de la présidence dissociée dans la SA de type classique... Techniquement, certaines rigidités et imperfections ont été dénoncées ⁵ à tel

1. V ; sur les opinions contradictoires que suscite la société duale, Y. Guyon, *Eloge funèbre de la société à directoire en droit français*, in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant 2002, p. 733 ; B. François, *Pour la société anonyme à directoire*, D. 2004, p. 682.

2. Cf. étude du CREDA préc., *La pratique de la société à directoire*, spéc. p. 193 et s.

3. Solution adoptée, par exemple, par *Publicis* sur la proposition de son fondateur, M. Bleustein-Blanchet, et par *Bongrain* (sept. 1997).

4. V. étude CREDA préc., spéc. p. 195 et s.

5. V. J. Burgard, *Heurs et malheurs de la société à directoire*, *RJ com.* 1975, 279 ; R. Contin et M. Deslandes ; H. Lecompte, art. préc. p. 145 ; Y. Chartier, art. préc. p. 335 ; P. Le Cannu, art. préc. Les praticiens dénoncent la lourdeur « administrative » de la structure duale, et, en

point qu'un risque de blocage dans le fonctionnement de la société a pu être redouté en cas de conflit entre le conseil de surveillance et le directoire. Cependant, la loi NRE permet désormais d'éviter ce risque, dès lors que les statuts autorisent le conseil de surveillance à révoquer les membres du directoire ou le directeur général unique (art. L. 225-61, al. 1) ¹. À l'heure actuelle, il semble que lorsque les PDG des sociétés importantes se retirent, la présidence dissociée soit préférée à la structure duale avec directoire et conseil de surveillance (cf. par ex. les choix faits dans les sociétés *Alstom*, *Lafarge*, *BNP-Paribas*, *Renault* et *Sodexho*) ².

particulier, l'obligation d'établir de trop nombreux rapports. V. égal. Y. Guyon, *Eloge funèbre de la société à directoire en droit français*, in *Mélanges L. Simont*, Bruylant, 2002, p. 733.

1. Cf. pour des propositions de rénovation plus amples, P. Le Cannu, *Pour une évolution du droit des sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance*, *Bull. Joly* 2000, p. 483, n° 101.

2. Carrefour a abandonné la structure duale pour passer à la présidence dissociée en juillet 2008 afin « d'accélérer le processus de décision ». Le directeur général n'a cependant pas été nommé administrateur (*Les Échos*, 29 juillet 2008).

CHAPITRE 4

LES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES D'ACTIONNAIRES

456 Évolution ◇ La société anonyme étant conçue comme une démocratie, le pouvoir suprême appartient aux actionnaires réunis en assemblée générale souveraine.

Cette présentation idyllique est totalement démentie par les faits, quelle que soit la dimension de la société ¹. Dans les petites sociétés anonymes familiales, lorsque le fondateur ou sa famille détiennent la quasi-totalité du capital social, la réunion d'une assemblée est assez souvent jugée inutile ; elle est même quelquefois remplacée par une délibération écrite ², ce qui est irrégulier. Dans les sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et comprenant quelquefois plusieurs centaines de milliers d'actionnaires, voire plusieurs millions, la grande majorité d'entre eux se désintéresse de la vie sociale et le fonctionnement des assemblées est faussé par l'absentéisme et le jeu des pouvoirs en blanc renvoyés aux dirigeants de la société ³ (*infra*, n° 470). Les réformes louables entreprises à partir de 1966-1967, souvent à l'initiative de la COB, pour mieux informer les actionnaires en vue de les inciter à participer activement à la vie de leur société, n'ont pas encore porté les fruits escomptés. Cependant, le développement d'*Internet* devrait encourager la participation des actionnaires aux assemblées des sociétés cotées (publication des avis et du compte rendu des réunions sur les sites des sociétés, diffusion des documents sous forme électronique, possibilité de vote à distance...) ⁴. En outre, depuis quelques années, les fonds d'investissement n'hésitent plus à contester en assemblée la gestion qu'ils estiment décevante de certains dirigeants qui perçoivent pourtant des rémunérations très importantes et bénéficient de « parachutes dorés » très généreux.

Lors des assemblées générales des sociétés du CAC 40 tenues en 2008, le quorum moyen a été en hausse : 59,8 % contre 53,9 % en 2007. Sur l'ensemble des résolutions soumises aux actionnaires, 7 seulement ont été rejetées et 18 ont été votées avec

1. C. Jauffret-Spinosi, *Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? (étude comparative)* in *Études offertes à René Rodière*, D. 1981, p. 125.

2. Y. Guyon, *L'évolution récente des assemblées d'actionnaires en droit français*, in *Mélanges G. Flattet*, diffus. Payot, 1985, Lausanne, p. 40. V. Crim. 8 mai 1981, *Bull. Joly* 1981, p. 558, n° 288 (condamnation pour faux en écriture de commerce à la suite d'assemblées fictives).

3. La *Compagnie de Saint-Gobain*, après sa privatisation, avait réussi à attirer au *Zénith* en assemblée générale (févr. 1987) près de 3 500 actionnaires sur 1 600 000, ce qui, à l'époque, avait été considéré comme un succès exceptionnel par l'ensemble de la presse économique et financière.

4. Recommandation AMF 21 avr. 2006.

moins de 75 % des voix. Les votes sur les *golden parachutes* n'ont pas suscité de crispation particulière mais les actionnaires ont confirmé leur hostilité aux pilules anti-OPA ¹.

Il n'en demeure pas moins que l'assemblée générale demeure « *le lieu d'exercice du pouvoir suprême* » ² et son contrôle permet d'assurer la direction de la société. Dans telle société anonyme familiale où les querelles intestines font rage, la nomination à un poste d'administrateur ou la révocation pourra se jouer à une voix près. Dans telle société cotée en bourse, une modification statutaire pourra être paralysée par un groupe bénéficiant d'une minorité de blocage (*infra*, n° 493).

La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, après d'autres, a essayé de développer la participation des actionnaires aux assemblées générales en leur en facilitant l'accès, en permettant l'utilisation des moyens modernes de communication ³, et aussi en favorisant leur information, afin qu'ils puissent participer de façon éclairée à la vie de la société.

457 Diversité des assemblées ◇ Lorsque la société anonyme se constitue en faisant une offre au public d'instruments financiers, une *assemblée générale constitutive* doit être convoquée par les fondateurs (v. *supra*, n° 265). Que la société fasse ou non une offre au public, elle doit réunir au moins une fois par an une *assemblée générale ordinaire* (section 1). Si les dirigeants souhaitent modifier les statuts, une *assemblée générale extraordinaire* (section 2) doit être convoquée.

Pour éviter la lourdeur des réunions successives d'une assemblée ordinaire et d'une assemblée extraordinaire, les dirigeants peuvent les concentrer en une *assemblée mixte* (section 3). Enfin, lorsque la société comprend des actionnaires titulaires d'actions d'une catégorie déterminée dont elle envisage de modifier les droits, elle doit les réunir en une *assemblée spéciale* (section 4).

SECTION 1. L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ORDINAIRE

458 Caractère obligatoire ⁴ ◇ L'assemblée générale ordinaire doit obligatoirement être réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture

1. Source : *Capitalcom*, Deloitte, communiqué 17 juin 2008.

2. Y. Guyon, art. préc. p. 41.

3. V. rapport Ph. Bissara, *L'utilisation des moyens de télétransmission et les assemblées générales d'actionnaires*, ANSA, janv. 2000.

4. Actuellement, il n'est pas possible de remplacer la tenue d'une assemblée générale par une consultation écrite des actionnaires, à la différence de ce qui se passe pour la SARL (art. L. 223-27, al. 1 ; *supra*, n° 213), la société en nom collectif (art. L. 221-6, al. 2 ; *supra*, n° 147) ou la SAS (art. L. 227-9 ; *infra*, n° 595-10).

de l'exercice ¹, sous réserve de prolongation judiciaire de ce délai (art. L. 225-100, al. 1 ; *infra*, n° 545) ². Lorsque, en cas d'urgence, il est impossible d'attendre le terme de cette assemblée annuelle, l'assemblée générale ordinaire est *convoquée extraordinairement*, ce qui est cependant une hypothèse très rare lorsque la société est cotée en bourse.

§ 1. Compétence de l'assemblée ordinaire

459 Attributions ◇ L'assemblée ordinaire a compétence pour toutes les décisions qui n'entraînent pas une modification des statuts (art. L. 225-98, al. 1).

C'est elle qui doit statuer sur toutes les questions relatives aux **comptes annuels**, comptes sociaux et, le cas échéant, comptes consolidés de l'exercice écoulé (art. L. 225-100, al. 3) après présentation des rapports du conseil d'administration (ou du directoire) et des commissaires aux comptes (art. L. 225-100, al. 2). Après approbation des comptes sociaux et, depuis la loi NRE, des comptes consolidés, et constatation de l'existence de sommes distribuables, elle fixe les dividendes (art. L. 232-12, al. 1 ; *infra*, n° 549).

L'assemblée ordinaire prend également les décisions les plus importantes relatives aux **organes sociaux** : elle nomme, remplace et, éventuellement, révoque les administrateurs (art. L. 225-18 ; *supra*, n°s 383 s.) ; elle ratifie la cooptation par le conseil des nouveaux administrateurs (art. L. 225-24 ; *supra*, n° 383) et fixe le montant des jetons de présence alloués au conseil (art. L. 225-45, al. 1 ; *supra*, n° 390). Elle a les mêmes compétences envers les membres du conseil de surveillance dans la SA à structure duale (art. L. 225-75, L. 225-78, L. 225-83 ; *supra*, n°s 447 s.). C'est également elle qui désigne les commissaires aux comptes (art. L. 225-228, al. 1) ; leur révocation ne pouvant cependant être prononcée que par décision de justice (art. L. 225-233 ; *infra*, n° 506).

Enfin, si l'assemblée n'a pas vocation à s'occuper de la gestion courante de la société, qui est du ressort des organes de direction, quelques dérogations sont prévues par la loi, d'autres peuvent être introduites par les statuts. C'est ainsi que l'assemblée doit décider ou approuver certains actes que le conseil d'administration ou le directoire ne pourrait accomplir seul ³.

Est par exemple de sa compétence l'autorisation d'achat en bourse par la société de ses propres actions (art. L. 225-209).

Lorsque la société, dans les deux ans suivant son immatriculation, acquiert un bien appartenant à un actionnaire, et dont la valeur est au moins égale à un dixième

1. Sous peine de sanction pénale (art. L. 242-10), Crim. 9 janv. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 677, n° 234, J.-F. Barbiéri.

2. Limoges 2 oct. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 65, n° 8, B. Descours (report ne portant pas atteinte aux droits des minoritaires).

3. Dans la SA duale, l'assemblée ordinaire a également un rôle d'arbitre en cas de conflit entre le directoire et le conseil de surveillance (*cf.* art. L. 225-68, al. 2 et R. 225-40).

du capital social, c'est à l'assemblée générale qu'il revient de statuer sur l'évaluation du bien, à peine de nullité de l'acquisition (art. L. 225-101, al. 2).

Enfin, elle doit approuver les conventions qui ont été passées entre la société et l'un de ses dirigeants ou, désormais, de ses actionnaires détenant plus de 10 % des droits de vote, et qui sont soumises à la procédure de contrôle (art. L. 225-40, al. 3 ; L. 225-88, al. 3 ; *supra*, n^{os} 401 et 452).

Les statuts peuvent aussi prévoir que certains actes ou certaines opérations estimés dangereux ou trop importants pour être pris par les seuls dirigeants, doivent être autorisés par l'assemblée des actionnaires. On sait cependant que cette limitation apportée aux pouvoirs légaux des dirigeants sociaux est valable mais qu'elle est inopposable aux tiers (art. L. 225-35, L. 225-64 ; *supra*, n^{os} 405 et 444). En ce qui concerne l'émission d'emprunts obligataires, le conseil d'administration ou le directoire ont, depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, qualité pour décider ou autoriser l'opération, sauf si les statuts réservent ce pouvoir à l'assemblée générale ou si celle-ci décide de l'exercer (art. L. 228-40, al. 1^{er} ; *supra*, n^o 329).

§ 2. Fonctionnement de l'assemblée ordinaire

460 Réglementation ◇ Pour mieux protéger les actionnaires, une réglementation très minutieuse, mais aux conséquences onéreuses pour les sociétés importantes, a été instaurée. Elle concerne la convocation des actionnaires et leur admission à l'assemblée (A), leur information (B) et la tenue de l'assemblée (C).

A. Règles de convocation et d'admission à l'assemblée

a. Convocation à l'assemblée

461 Droit de convocation ◇ L'article L. 225-103 énumère limitativement les personnes habilitées à convoquer l'assemblée générale des actionnaires ¹. En principe, la convocation est lancée par le *conseil d'administration*, organe collégial. Elle ne saurait émaner du président seul ² ou d'un conseil irrégulièrement composé ³. Dans la société à structure dualiste, le directoire et le conseil de surveillance ont une compétence concurrente pour convoquer l'assemblée (art. L. 225-103, I et III).

Mais si ces organes ne convoquent pas les actionnaires, en particulier parce qu'ils redoutent une décision défavorable, pouvant se traduire par la

1. Rappr. Com. 30 avr. 1968, D. 1969, p. 89, J. Lacombe.

2. Com. 21 juill. 1969, D. 1970, p. 88.

3. Nancy (sol.) 26 févr. 1975, D. 1975, p. 653, J. Cl. Bousquet, et sur pourvoi Com. 29 nov. 1976, Bull. civ. IV, n^o 302, p. 252. Pour le cas d'un conseil dont le nombre d'administrateurs est devenu inférieur au minimum légal, cf. T. com. Nancy (ord. req.) 1^{er} oct. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 242, Ph. Merle ; rappr. Com. 13 mars 1979, *Rev. sociétés* 1979, 828, Ph. Merle.

révocation de certains dirigeants, le législateur a prévu à titre subsidiaire ¹ que la convocation pouvait émaner des *commissaires aux comptes* (art. L. 225-103, II, 1^o) ² ou d'un *mandataire de justice* (art. L. 225-103, II, 2^o) ³.

La demande est présentée au président du tribunal de commerce statuant en référé, soit en cas d'urgence par tout intéressé (actionnaire, créancier), soit par un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins le cinquième du capital social ⁴, soit par une association d'actionnaires de l'article L. 225-120. Si le président fait droit à la demande ⁵, il désigne le *mandataire ad hoc* chargé de la convocation et fixe l'ordre du jour (art. R. 225-65) ⁶.

Depuis la loi du 15 mai 2001, le comité d'entreprise peut également demander en justice, en cas d'urgence, la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale (art. L. 2323-67 C. trav. ; art. 99 L. NRE) ⁷.

Après une offre publique d'achat ou d'échange, ou après cession d'un bloc de contrôle, l'assemblée générale peut aussi être convoquée par les actionnaires majoritaires en capital ou en droits de vote (art. L. 225-103-II, 4^o ; v. *infra*, n^o 650-1).

1. Si la société est en liquidation (*infra*, n^o 588) l'assemblée est convoquée par les liquidateurs (art. L. 225-103-II, 3^o). Si la société est dotée d'un administrateur provisoire, celui-ci peut convoquer l'assemblée ordinaire (par ex. *Mémento Lefebvre* n^o 10063). Si la société est en redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire, investi d'une mission d'administration de l'entreprise, doit convoquer l'assemblée annuelle dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous peine de sanctions pénales (art. L. 225-103-I, L. 242-10), Crim. 21 juin 2000, *JCP E* 2000, p. 1815, A. Couret ; 2001, p. 174, M. Cabrillac ; *Bull. Joly* 2000, p. 1121, n^o 279, J. Vallansan ; *RTD Com.* 2001, p. 159, J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *D. aff.* 2000, A.J., p. 352, A. Lienhard, *D. aff.* 2002, p. 207, F. Derrida. Cf. égal. R. M. *JO Déb. Ass. Nat.* 6 mai 2008, p. 351 ; *D.* 2008, p. 1334, A. Lienhard. En cas de procédure simplifiée de redressement, Crim. 4 avr. 2001, *Dr. sociétés* 2002, n^o 7, J. P. Legros.

2. Versailles 19 janv. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 705, n^o 156, J. F. Barbiéri (responsabilité du commissaire aux comptes ayant manqué à son devoir d'indépendance).

3. Com. 3 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 415, n^o 82, S. Zeidenberg ; *D.* 2004, p. 2956, A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2005, p. 418, J.F. Barbiéri (nécessaire mise en cause de la société afin de respecter le principe du contradictoire).

4. T. com. Paris réf. 3 déc. 2003 (*aff. Eurotunnel*) 3 déc. 2003, *JCP E* 2004, 71, A. Viandier ; *Dr. Sociétés* 2004, n^o 46, J. Monnet ; *Rev. sociétés* 2005, p. 847, M. C. Monsallier-Saint Meulx. R.M. *JO déb. Sénat* 10 févr. 2005, p. 402 ; *Bull. Joly* 2005, p. 432, n^o 84 (notion d'urgence, conditions de détention du capital).

5. La demande doit tendre à des fins légitimes conformes à l'intérêt social. V. par ex. T. com. Versailles (réf.) 25 mai 1977, *Gaz. Pal.* 1978, I, 26, APS ; comp. Colmar, 24 sept. 1975, *D.* 1976, p. 348, Y. Guyon ; Paris, 10 avr. 1989 (*aff. LVMH*) *Rev. sociétés* 1989, 485, T. Forschbach (refusant la désignation du mandataire) ; Paris, 15 mars 1990 *D.* 1992, somm. 179, J. Cl. Bousquet et G. Bugéja ; Paris, 15 sept. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1184, n^o 384 ; *Dr. sociétés* 1993, n^o 98, H. Le Nabasque ; T. com. Paris (ord. réf.) 18 févr. 1993, *JCP E* 1993, I, 250, n^o 2, A. Viandier et J.-J. Caussain (refus de convoquer deux assemblées de suite). *Adde*, J. Seywacz, *Convocation et tenue d'une assemblée générale sur demande des actionnaires représentant 10 % du capital social*, *Bull. Joly* 1983, p. 973, et 1984, p. 11.

6. Com. 19 avr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1260, n^o 278, P. Mousseron.

7. T. Com. Marseille (réf.) 7 nov. 2001, *Rev. sociétés* 2002, p. 57, R. Vatinet ; *Bull. Joly* 2002, p. 106, n^o 20.

462 Formalités de convocation ◇ Afin que tous les actionnaires puissent être touchés par la convocation, une réglementation très détaillée a été instaurée. Sa violation est sévèrement sanctionnée. Il convient d'exposer les formalités préliminaires à la convocation, avant d'envisager la convocation proprement dite.

463 Formalités préliminaires à la convocation ◇ L'avis de réunion tend à informer les actionnaires qu'une assemblée va se tenir et leur permet de faire inscrire des projets de résolution à l'ordre du jour.

– Si les actions de la société ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, elle n'a pas à prendre l'initiative d'adresser un avis de réunion à ses actionnaires. Ce n'est que si l'un d'eux lui en a fait la demande qu'elle doit envoyer cet avis trente-cinq jours au moins avant la date de l'assemblée (art. R. 225-72 nouv.).

– Si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé (ou si ses actions ne sont pas toutes nominatives), celle-ci est tenue de publier au Bulletin des annonces légales obligatoires (BALO), trente-cinq jours au moins avant la tenue de la réunion un avis qui indique notamment (cf. art. R. 225-73, I et III nouv.) l'ordre du jour, les projets de résolution qui seront présentés par le conseil d'administration (ou le directoire). L'avis doit également mentionner que les demandes d'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour doivent être envoyées par les actionnaires dans les dix jours. Il indique également l'adresse électronique où peuvent être envoyées les questions écrites des actionnaires.

La possibilité pour les actionnaires minoritaires ou une association d'actionnaires de l'article L. 225-120 de déposer des **projets de résolution** est subordonnée à la détention d'une participation minimale. Elle est de 5 % si le capital est au plus égal à 750 000 euros (art. L. 225-105, al. 2 ; R. 225-71) ¹. Les projets de résolution, dès lors qu'ils sont régulièrement présentés, doivent obligatoirement être inscrits à l'ordre du jour et portés à la connaissance des actionnaires, même s'ils n'ont aucun rapport avec l'objet de la réunion ou concernent la présentation de candidats au conseil d'administration ou de surveillance (art. L. 225-105, al. 2 ; art. R. 225-71, al. 4) ². Depuis la loi NRE, le **comité d'entreprise** peut également requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour (art. L. 2323-67 et R. 432-27 C. trav.) ³. C'est un droit très important conféré aux salariés. Il leur permet de provoquer un débat au sein de l'assemblée des actionnaires, même si leur résolution a très peu de chance d'être adoptée.

1. Lorsque le capital est supérieur à 750 000 €, le montant du capital à représenter est dégressif, suivant un barème fixé par l'article R. 225-71, al. 2. Sur la justification du capital minimum détenu, cf. art. R. 225-71, al. 5 et 6 ; sur les délais à respecter pour les demandes d'inscription, cf. art. R. 225-72 et R. 225-73, II.

2. Aix, 14 sept. 1990, *Dr. sociétés*, 1991, n° 281.

3. Versailles 29 avril 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 684, H. Le Nabasque (incompétence du juge des référés). Sur les délais à respecter pour déposer les projets de résolution, *BRDA* n° 5-2008, p. 3.

464 Convocation proprement dite ◇ Les règles de convocation des assemblées sont fixées par les articles R. 225-66 à R. 225-70. Les statuts ne pourraient que renforcer leurs exigences (art. R. 225-62).

L'**avis de convocation** est inséré dans un journal d'annonces légales du département du siège social, et au BALO pour les sociétés dont les actions ne revêtent pas toutes la forme nominative (art. R. 225-67, al. 1).

Si toutes les actions sont nominatives, ces insertions peuvent être remplacées par un courrier postal ou électronique adressé à chaque actionnaire aux frais de la société (art. R. 225-67 al. 2).

Des *lettres individuelles de convocation* (cf. page ci-après) ou des convocations transmises par un moyen électronique (cf. art. R. 225-63) doivent être adressées aux actionnaires titulaires de titres nominatifs (art. R. 225-68, al. 1) ¹, à chacun des copropriétaires si les actions sont en indivision (al. 2) ², et aux titulaires du droit de vote pour les actions grevées d'un usufruit (al. 3) ³. Les commissaires aux comptes doivent être convoqués par lettre recommandée avec avis de réception (art. L. 823-17 ; R. 823-9, al. 4) ⁴.

Le *délai* entre la date, soit de l'insertion, ou de la dernière insertion si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, soit de l'envoi des lettres (lorsque toutes les actions sont nominatives) et la date de l'assemblée, doit être au moins de *quinze jours* sur première convocation et six jours sur convocation suivante (art. R. 225-69) ⁵.

L'avis de convocation doit indiquer notamment (art. R. 225-66), les jour, heure et lieu de l'assemblée ⁶.

1. Paris, 10 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 754, n° 259, D. Lepeltier ; *Dr. sociétés* 1995, n° 195, D. Vidal.

2. Com. 5 mai 1981, *Rev. sociétés* 1982, 95, A. Viandier ; Paris, 26 janv. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 311, n° 106 PLC (SARL).

3. Sur les règles de convocation à observer en cas de location d'actions, cf. art. R. 225-68, al. 3.

4. Une convocation par télécopie ne saurait être admise, R.M. JO déb. AN 23 juill. 1990, p. 3544.

5. Le délai court de la date de la lettre de convocation et non de la date de sa réception ; le jour d'envoi n'est pas compté, alors que le jour de tenue de l'assemblée l'est, Com. 11 janv. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 884, n° 199, J. P. Garçon ; Ch. mixte 16 déc. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 536, n° 107, L. Grosclaude ; D. 2006, p. 146, A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2006, 36, F. X. Lucas ; JCP E 2006, 1176, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker et 1348, avis M. Domingo ; *Rev. sociétés* 2006, p. 327, B. Saintourens.

6. Dans les sociétés dont les titres sont, au moins pour partie, au porteur, la justification de la qualité d'actionnaire au moyen d'une immobilisation temporaire des actions a été abandonnée par le décret du 11 déc. 2006, à la suite des critiques des arbitragistes et des investisseurs américains. A été en effet instauré un système de « **record date** » (date d'enregistrement) : le droit de participer aux A G est subordonné à l'enregistrement comptable des titres au nom de l'actionnaire (ou de l'intermédiaire inscrit pour son compte si l'actionnaire réside à l'étranger) au troisième jour ouvré précédant l'assemblée à zéro heure, heure de Paris (art. R. 225-85, I). Comme auparavant, l'actionnaire qui a déjà exprimé son vote à distance peut céder tout ou partie de ses actions (cf. art. R. 225-85, IV). F. Barrière, *La dissociation du droit de vote et de la qualité d'actionnaire, confirmation d'une révolution juridique par la voie réglementaire : les record dates*, *Bull. Joly* 2007, p. 279, n° 57. V. égal. communiqué AMF 11 mai 2007, JCP E 2007, Act. 248.

MATRA HACHETTE

Société anonyme au capital de F 1 407 940 155

Siège social : 4, rue de Presbourg, 75116 PARIS

R.C.S. PARIS B 552 052 425 - SIRET 552 052 425 15137

Madame, Monsieur et cher Actionnaire,

Nous avons l'honneur de vous inviter à participer à l'**assemblée générale ordinaire annuelle** des actionnaires de la Société, qui se tiendra à la Cité des Sciences et de l'Industrie, Centre international de Conférences, 30, avenue Corentin-Cariou à PARIS (19^e) le mardi 28 juin 1994, à 15 h 30, à l'effet de délibérer sur l'ordre du jour suivant :

- Rapport du conseil d'administration sur la marche des affaires sociales et sur les comptes annuels de l'exercice clos au 31 décembre 1993.
- Rapports des commissaires aux comptes sur l'exécution de leur mission de vérification et de contrôle et sur les conventions visées aux articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966.
- Approbation des comptes annuels de l'exercice 1993 ; quitus au conseil d'administration.
- Affectation du résultat.
- Approbation des conventions visées aux articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966.
- Autorisation à donner dans le cadre de l'article 217-2 de la loi du 24 juillet 1966 aux fins de régularisation du marché des actions de la Société.
- Démission de commissaires aux comptes.
- Pouvoirs pour les formalités.

Pour prendre part à cette assemblée, les titulaires d'actions nominatives doivent être inscrits dans les comptes de la Société cinq jours au moins avant la date de la réunion.

Tous les documents qui, d'après la loi, doivent être communiqués à l'occasion des assemblées générales seront tenus dans les délais légaux à la disposition des actionnaires au siège social ou au service titres de la société MATRA HACHETTE, LAGARDÈRE-SOCIÉTÉS, 6, rue Laurent-Pichat, 75116 Paris.

Si vous souhaitez assister à cette assemblée, vous voudrez bien demander au préalable une carte d'admission auprès de LAGARDÈRE-SOCIÉTÉS, Centre d'Opérations sur Titres, 6, rue Laurent-Pichat, 75116 Paris, en retournant la demande ci-jointe, dûment complétée et signée dans l'enveloppe prévue à cet effet.

A défaut d'assister personnellement à l'assemblée, vous pouvez choisir entre l'une des trois formules suivantes :

- donner une procuration à un autre actionnaire, ou à votre conjoint,
- adresser une procuration à la Société sans indication de mandataire,
- voter par correspondance.

Un formulaire de vote par correspondance ou par procuration est joint au présent avis ainsi que les documents et renseignements prévus par la loi.

Les votes par correspondance ne seront pris en compte que si les formulaires dûment remplis parviennent au siège social ou au service titres de la Société dont l'adresse est au 6, rue Laurent-Pichat, 75116 Paris, trois jours au moins avant le jour de la réunion.

LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

L'assemblée se tient généralement au siège social. Elle peut se tenir en tout autre lieu du même département, et des dérogations statutaires peuvent être prévues (art. L. 225-103-V).

Il indique également les conditions dans lesquelles les actionnaires peuvent voter par correspondance (art. R. 225-66 *in fine*). L'élément essentiel de l'avis de convocation est bien entendu l'ordre du jour.

Exceptionnellement, l'**ajournement** (le report) de l'assemblée peut être décidé par l'auteur de la convocation ou par l'assemblée si des incidents imprévus surviennent en cours de séance ¹.

Il peut également intervenir judiciairement, par voie de référé ² s'il y a urgence, en cas de violation flagrante des règles de convocation, de cause patente d'annulation ou d'atteinte illicite au droit d'expression des actionnaires ³.

465 L'ordre du jour ◇ La convocation à l'assemblée indique l'ordre du jour qui fixe la liste des questions sur lesquelles les actionnaires seront appelés à délibérer et à voter. Pour garantir aussi bien les actionnaires que les dirigeants de la société, l'assemblée ne peut pas délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour (art. L. 225-105, al. 3) et toute délibération prise contrairement à cette règle serait frappée d'une nullité obligatoire ⁴.

1. Cf. J.-P. Valuet, *Assemblées générales d'actionnaires : prévention et gestion des incidents*, Dr. et patr., nov. 1998, p. 26. L'**ajournement** implique le renvoi de la discussion à une date ultérieure, après clôture de la séance et renouvellement des formalités de convocation (cf. art. R. 225-69). En revanche, la **suspension** n'est qu'un arrêt momentané. À la reprise des délibérations, c'est la même assemblée qui se poursuit.

2. T. com. Paris, 5 juin 1989, Rev. dr. bancaire 1989, 213, M. Jeantin et A. Viandier.

3. La jurisprudence est réticente pour admettre le report. Cf. Com. 19 mai 1987, Rev. sociétés 1988, 102, Y.G. ; Paris, 21 mars 1974, Rev. sociétés 1975, 471, Y. Chartier ; Paris, 8 déc. 1988 (*Au Bon Marché*) JCP E 1989, II, 15415, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Trim. com. Paris (ord. réf.) 21 juin 1988 (*Cie du Midi*) Bull. Joly 1989, p. 892, n° 312, M. Jeantin ; T. com. Paris (réf.) 1^{er} déc. 1992 (fusion *Accor — PLM — SIHS*), JCP E 1993, II, 384, A. Viandier ; Paris, 28 déc. 1992 (fusion *Air-France — UTA*, JCP E 1993, I, 250, n° 6, A. Viandier, J.-J. Caussain ; T. com. Roubaix 6 mai 1994 (fusion *Pinault-Printemps/Redoute*), Bull. Joly 1994, p. 651, n° 184, P. Le Cannu ; ord. 1^{er} Président Douai (réf.) 16 mai 1994. V. cependant, ayant admis l'**ajournement**, Paris 2 août 2001, Bull. Joly 2001, p. 1269, n° 275, D. Vidal ; Dr. sociétés 2001, n° 178, F. X. Lucas ; Rev. sociétés 2001, p. 880, Y. Guyon (nécessité de procéder à une nouvelle présentation des comptes) ; Paris, 4 sept. 2000, RJDA 2001, p. 161, n° 166 ; JCP E 2000, p. 1806, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. sociétés 2000, 761, Y. Guyon (actions litigieuses) ; Paris, 4 févr. 1988 (*Bénédictine*) RJ com. 1989, p. 121, C.H. Gallet (défaut de justification du prix de souscription à une augmentation de capital) ; Paris, 14 juin 1988 (*Aux Trois Quartiers*) D. 1988, p. 505, A. Viandier (information manifestement insuffisante sur une opération de fusion) ; Paris, 14 nov. 1989 (*LVMH*), Rev. sociétés 1990, p. 55, P. Le Cannu ; T. com. Paris (ord. réf.) 28 déc. 1994, Rev. dr. bancaire 1995, p. 32, n° 47, M. Germain, M.A. Frison-Roche (information insuffisante).

4. Com. 6 mai 1974, Rev. sociétés 1974, 524, Ph. Merle ; Paris 28 févr. 2003, BRDA n° 11-2003, p. 3 (AGE).

L'ordre du jour est arrêté par l'auteur de la convocation (art. L. 225-105, al. 1) ¹ qui doit tenir compte des projets de résolution régulièrement déposés par les actionnaires minoritaires, les associations d'actionnaires et le comité d'entreprise (*supra*, n° 463). Pour éviter toute ambiguïté, les questions inscrites à l'ordre du jour doivent être libellées de telle sorte que leur contenu et leur portée apparaissent clairement, sans qu'il y ait lieu de se reporter à d'autres documents (art. R. 225-66, al. 2) ². Si, faute de quorum, l'assemblée n'a pu délibérer valablement, sur deuxième convocation, l'ordre du jour ne peut pas être modifié (art. L. 225-105, al. 4).

Le principe de **fixité de l'ordre du jour** supporte une atténuation et une exception. D'une part, il est d'usage de prévoir une rubrique « *questions diverses* » qui apporte une certaine souplesse ; mais à peine de vider le principe de son contenu, les questions examinées ne doivent présenter qu'une minime importance (art. R. 225-66, al. 2) ³. D'autre part, l'assemblée peut, en toutes circonstances, révoquer un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance et procéder à leur remplacement (art. L. 225-105, al. 3 ; sur la jurisprudence des « incidents de séance », *cf. supra*, n° 386) ⁴.

466 **Sanctions des règles de convocation** ◇ La nullité n'est *obligatoire* qu'en cas de violation des dispositions régissant l'ordre du jour (art. L. 225-121, al. 1 et 225-105). Lorsque l'assemblée est irrégulièrement convoquée, elle *peut* être annulée (art. L. 225-104, al. 2) ⁵.

Le tribunal apprécie librement si la nullité doit être prononcée ou non. Lorsque certains actionnaires minoritaires ont été convoqués tardivement et éliminés par ruse et artifice de toute participation à l'assemblée, l'annulation s'impose ⁶. En général, peu importe que le nombre de voix dont dispose l'exclu ait été insuffisant

1. En cas de désignation d'un mandataire de justice pour convoquer l'assemblée, c'est l'ordonnance du président du tribunal de commerce qui le nomme qui fixe l'ordre du jour (art. R. 225-65, al. 2). Com. 20 févr. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 749, n° 200, J. Cl. Hallouin. Une fois que l'ordre du jour a été arrêté par l'auteur de la convocation, le juge ne peut pas le modifier, T. com. Paris (réf.) 26 avr. 1999, *JCP E* 1999, p. 1237, A. Viandier et J.-J. Caussain et p. 1245, crit. J.-J. Daigre.

2. Com. 7 mars 1984, *Rev. sociétés* 1984, 793, Y. Guyon ; Com. 25 avr. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 531, n° 191, M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1989, 716, Y. Guyon (l'assemblée peut toujours discuter des questions qui sont la conséquence nécessaire des délibérations inscrites à l'ordre du jour : organisation de la liquidation après décision de dissolution) ; Aix, 15 mai 1991, *Dr. sociétés*, 1991, n° 280, p. 5. V. *supra*, n° 212.

3. Paris, 21 déc. 1979, *D.* 1982, IR, 15, J. Cl. Bousquet ; *Rev. sociétés* 1980, 761, J.-L. Sibon ; Com. 3 mai 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 110, D. Vidal.

4. Com. 1^{er} juillet 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 244, n° 47, B. Dondero ; *Rev. sociétés* 2008, p. 819, J. P. Mattout (conséquence sur les pouvoirs en blanc).

5. Com. 9 juill. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 939, n° 211, A. Couret ; *Dr. sociétés* 2002, n° 222, F. X. Lucas ; *RTD com.* 2002, p. 692, J.-P. Chazal et Y. Reinhard et 2003, p. 110, Cl. Champaud et D. Danet ; *JCP E* 2003, 627, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker (conseil d'administration irrégulier).

6. Com. 6 juill. 1983, *Rev. sociétés* 1984, p. 76, Y. Guyon ; *D.* 1985, IR, 135, J. Cl. Bousquet.

pour empêcher l'adoption des résolutions proposées : le vote des autres actionnaires aurait pu être différent s'il avait pu intervenir dans le débat ¹.

Il a été jugé à propos d'une SCI que tout associé pouvait se prévaloir de l'absence de convocation d'un autre associé à l'assemblée générale ². La solution est transposable aux sociétés commerciales.

Toutefois, l'action en nullité pour convocation irrégulière n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés (art. L. 225-104, al. 2) ³.

Des **sanctions pénales** sont également prévues, qu'elles concernent le défaut de convocation de l'assemblée annuelle dans le délai imparti (art. L. 242-10) ⁴ ou l'entrave à la participation des actionnaires à l'assemblée (art. L. 242-9-1° ⁵ ; v. *infra*, n° 486). Il y a là des mesures répressives qui permettent de sanctionner la pratique des *assemblées sur papier* dans les sociétés familiales, sans nécessairement recourir au délit de faux.

b. Admission à l'assemblée

467 Actionnaires ◇ Le principe est que *tout actionnaire* ou *tout titulaire de certificat de droit de vote* a le droit de participer aux décisions collectives

1. Par ex. Com. 6 juill. 1983 D. 1983, IR, 476 ; Paris, 9 nov. 1983, BRDA 1-1984, p. 12. V. cependant Paris, 8 avr. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 613, n° 166, JCP E 1986, 15846, n° 7, A. Viandier et J.-J. Caussain (en l'espèce aucune manœuvre n'avait été établie à l'encontre de la société dans le défaut de convocation en temps utile d'un actionnaire ; la dissolution décidée faisait suite à une activité sociale déficitaire depuis deux ans, malgré tous les efforts de redressement, et le plaignant ne disposait que d'une voix... sur plus de cent mille). V. égal. Paris, 15 nov. 1988, JCP E 1989, II, 15562, n° 8, A. Viandier, J.-J. Caussain (refus d'annulation en raison de la faiblesse de la participation des actionnaires qui n'avaient pas été convoqués, l'irrégularité ayant été sans incidence sur le vote) ; Paris 27 mars 2001, *Dr. sociétés* 2002, n° 14, F. X. Lucas ; *Bull. Joly* 2002, p. 89, n° 18, H. Le Nabasque (théorie du « vote utile » retenue pour refuser la nullité). V. pour la critique de cette théorie du « vote efficace », P. Le Cannu, in *Bull. Joly* 1988, p. 771, n° 245 (aff. *Cointreau*, irrégularité d'un conseil d'administration) et la cassation prononcée par Com. 24 avr. 1990, *préc.*, *Bull. Joly* 1990, p. 511, n° 134, P. Le Cannu. Rapp. (pour une SARL) Paris, 26 mars 1986, RJ com. 1986, p. 332, J.-J. Daigre (annulant l'assemblée pour irrégularité de convocation, mais condamnant la société à verser à l'associé demandeur sa part dans les bénéfices distribuables).

2. Civ. 1^{re}, 21 oct. 1998 (aff. *Angéli*) JCP E 1999, p. 85, Y. Guyon et p. 30, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1999, p. 107, n° 24, L. Grosclaude ; *Dr. sociétés* 1999, n° 2, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1999, p. 116, Cl. Champaud et D. Danet ; P. Le Cannu, *Nullité et participation des associés aux décisions collectives*, RJDA 1998, p. 987. Cf. égal. en matière de sociétés civiles, pour des irrégularités de convocation, Civ. 3^e, 11 oct. 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 169, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 2001, p. 336, B. Saintourens ; D. aff. 2000, P. 406, A. Lienhard ; *RTD com.* 2001, p. 164, M.H. Monsérié-Bon ; Civ. 3^e, 19 juill. 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 170, Th. Bonneau.

3. Rapp. pour une ratification tacite par vote du quitus, Com. 5 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 262, n° 71, P. Le Cannu ; D. aff. 2001, p. 239, A. Lienhard (à propos d'une SARL).

4. R.M. JO déb. Sénat 25 juin 1987, p. 1007 ; JCP E 1987, I, 16959, n° 17, A. Viandier et J.-J. Caussain.

5. Crim. 26 mars 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 609, B. Bouloc ; Paris, 11 déc. 1987, *Rev. sociétés* 1988, p. 601, Y.G.

(art. 1844 al. 1 C. civ. et L. 228-30, al. 1) ¹. L'assemblée étant générale, tout actionnaire y a accès, quel que soit le nombre d'actions qu'il détient. Les statuts ne peuvent plus imposer que l'actionnaire possède un nombre minimum d'actions pour participer aux assemblées (cf. art. 115 2° L. NRE, abrogeant l'art. L. 225-112 C. com.). Ce droit essentiel ² est protégé civilement : toute clause statutaire qui limiterait l'accès aux assemblées des actionnaires serait réputée non écrite (art. 1844-10, al. 2 C. civ.). Il est même protégé pénalement (art. L. 242-9-1°) ³.

Peu importe que les associés détiennent des actions de capital, de jouissance ou de priorité (*supra*, n°s 288 s.) ⁴. Si les actions sont en **indivision**, les copropriétaires sont représentés par l'un d'eux ou par un mandataire unique, le droit de vote étant indivisible (art. L. 225-110, al. 2 ; R. 225-87, al. 2) ⁵.

Si l'action est grevée d'**usufruit**, l'accès à l'assemblée ordinaire appartient en principe à l'usufruitier (cf. art. L. 225-110, al. 1 et 4), mais il ne peut pas être refusé au nu-propriétaire. Cette solution a été affirmée pour la première fois par l'arrêt *de Gaste* ⁶. Elle a été confirmée par un arrêt de la Chambre commerciale du 22 février 2005 ⁷ : le nu-propriétaire ne peut pas être privé du droit de participer aux décisions collectives, ce qui implique le droit de recevoir l'information préalable, même s'il ne dispose pas du droit de vote (*infra*, n° 482).

Au cas où des actions font l'objet d'un **nantissement**, le débiteur restant propriétaire des titres a seul le droit de participer à l'assemblée (art. L. 225-110, al. 3 ; R. 225-87, al. 1) ⁸. Lorsqu'il y a des **actions sous séquestre** parce que leur propriété est litigieuse, le point de savoir si le séquestre a le droit de vote est délicat.

Les demandes de mise sous séquestre auprès des juges des référés sont de plus en plus fréquentes. Cette mesure conservatoire est accordée dès lors qu'elle permet de

1. V. sur l'irrégularité provoquée par la participation d'un « actionnaire » n'ayant pas la personnalité morale, Com. 1^{er} juill. 2003, *Dr. sociétés* 2003, n° 204, F. G. Trébulle.

2. V. le rappel de la COB dans sa recommandation n° 88-02 relative à la participation et à la représentation des actionnaires aux assemblées générales.

3. Crim. 13 mars 1989, *Rev. sociétés* 1989, 492, B. Bouloc ; Paris, 22 avr. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 145, H. Le Nabasque ; *Bull. Joly* 1993, p. 565, n° 157, A. Couret ; *JCP E* 1992, I, 172, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain. Cf. égal. sur une usurpation de la qualité d'actionnaire (art. L. 242-9-2°), Paris, 11 mai 1993, *RTD com.* 1994, p. 67, Y. Reinhard.

4. Les actions non libérées ne donnent pas le droit de participer aux assemblées (art. L. 228-29 ; R. 228-26).

5. Com. 15 nov. 1976, *Gaz. Pal.* 1977, II, 402, APS ; Paris, 19 déc. 1979 (aff. *Amaury*), *Gaz. Pal.* 1980, I, 103, APS ; Versailles, 7 déc. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 420, n° 103, J.-P. Garçon ; Paris 27 mars 2001 (aff. *Témoignage Chrétien*), *Dr. sociétés* 2002, n° 14, F. X. Lucas ; *Bull. Joly* 2002, p. 98, n° 18, H. Le Nabasque.

6. Com. 4 janv. 1994, *JCP E* 1994, I, 363, n° 4, A. Viandier et J. J. Caussain ; *Bull. Joly* 1994, n° 62 et 68, p. 249 et 279, J. J. Daigre. *infra* n° 492.

7. *JCP E* 2005, 968, R. Kaddouch et 1046, n° 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

8. Depuis la dématérialisation des valeurs mobilières (*supra*, n° 271), le débiteur peut exercer son droit de vote sans que le créancier gagiste ait à accomplir la moindre formalité de dépôt.

sauvegarder les intérêts respectifs des parties, sans entraver l'activité de la société émettrice des titres litigieux (art. 1961, 2^o C. civ.) ¹.

Généralement, l'ordonnance qui désigne le séquestre, chargé avant tout de conserver la chose qui lui a été confiée (art. 1930 C. civ.), règle la question du droit de vote ².

468 Autres participants ◇ Depuis la loi NRE, outre les actionnaires, *deux membres du comité d'entreprise*, désignés par le comité, peuvent assister aux assemblées générales (art. L. 2323-67 C. trav.) ³. Les *commissaires aux comptes* doivent être convoqués à toutes les assemblées (art. L. 225-238). Les représentants de la masse des obligataires ont accès aux assemblées générales des actionnaires, mais sans voix délibérative (art. L. 228-55, al. 1 ; *supra*,

1. Com. 11 mars 2003, (Yves Rocher), *Bull. Joly* 2003, p. 810, n^o 171, A. Constantin ; Paris (réf.) 18 mars 1988 (aff. *Télémechanique*), *Gaz. Pal.* 1988, II, p. 461, J.-P. Marchi ; *JCP E* 1988, II, 15177, n^o 27, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Nancy, 28 juill. 1989 (aff. *L'Est Républicain*), *Rev. dr. bancaire* 1990, 45, M. Jeantin et A. Viandier ; Paris, 12 déc. 1990 (aff. *Midi Libre*), *D.* 1992, somm. 178, J. Cl. Bousquet et G. Bugéja ; Montpellier, 4 oct. 1990 *Bull. Joly* 1992, p. 777, n^o 249, A. Couret ; T. com. Nanterre, 26 févr. 1993, *D.* 1993, p. 337, A. Couret et F. Peltier (reclassement d'actions sous contrôle d'un séquestre). V. sur la reconnaissance de la qualité d'actionnaire apparent, à propos d'une demande de séquestre, Lyon, 13 août 1993, *RTD com.* 1995, p. 143, B. Petit et Y. Reinhard. Quelquefois la mise sous séquestre n'est accordée qu'à charge pour la partie demanderesse d'assigner le défendeur au principal, à bref délai, sous peine de caducité, T. com. Paris, 27 sept. 1989 (ord. réf.) (aff. *La Cinq*) *Gaz. Pal.* 19 déc. 1989, somm. Comp. T. com. Paris, 30 août 1989, *RJ com.* 1989, 369 (2^e esp.), D. Schmidt (aff. *Cie Industrielle*, refusant de mettre sous séquestre des actions d'autocontrôle mais interdisant de les céder à des tiers à l'exception d'un apport à une offre publique) et T. com. Paris (ord. réf.) 2 avr. 1990 (aff. *Gallimard*) *Bull. Joly* 1990, p. 444, n^o 105, P. Le Cannu ; D. 1990, p. 438, A. Viandier ; *RJ com.* 1990, p. 204, D. Schmidt, interdisant la constitution d'une société holding de contrôle ; Paris, 22 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 174, n^o 42, A. Couret (conflit sur la valeur de droits mobiliers cédés ; refus du séquestre).

2. M. Guilberteau, *Le droit de vote du séquestre judiciaire d'actions litigieuses*, *Rev. sociétés*, 1971, p. 497 ; W. Le Bras, *De l'exercice du droit de vote relatif aux actions mises sous séquestre*, *Bull. Joly* 1982, p. 207. **Droit de vote accordé au séquestre** : Com. 15 févr. 1983 (aff. *Lustucru*), *Rev. sociétés* 1983, 593, M. Guilberteau ; Paris, 19 oct. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 79, n^o 15 (reconnaissant aussi au mandataire un droit d'accès aux réunions du conseil d'administration et un droit de regard sur les actes et documents sociaux) ; Pau, 23 févr. 1994, *JCP E* 1995, I, 447, n^o 1, A. Viandier et J.-J. Caussain. Certaines décisions imposent le sens du vote, T. com. Paris (ord. réf.) 3 mai 1989, *RJ com.* 1989, 369 (1^{re} esp.) D. Schmidt (aff. *LVMH*, le séquestre doit s'opposer à la révocation des membres du conseil de surveillance). **Droit de vote non accordé** : Com. 17 mai et 15 févr. 1983 (aff. *Amaury*), *Rev. sociétés* 1984, 97, M. Guilberteau ; Com. 16 oct. 1990, *BRDA* 15 févr. 1991, p. 8 ; T. com. Namur (réf.), 12 août 1982 (aff. *Saint-Gobain*), *Rev. sociétés* 1983, 128, J. Guyénot ; Paris, 10 févr. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 429, n^o 152 ; Paris, 18 sept. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n^o 4, Th. Bonneau (refus du droit de vote en AGE). Sur la compétence territoriale, Versailles, 9 mars 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 519, n^o 135, D. Lepeltier.

3. Ce nouveau droit des salariés a été introduit par l'article 99 de la loi NRE. L'un des membres doit appartenir à la catégorie des cadres techniciens et agents de maîtrise, l'autre à celle des employés et ouvriers. À leur demande, ils peuvent être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés... ce qui est exceptionnel.

n° 342). Il en va de même pour les représentants de la masse des porteurs de titres participatifs (art. L. 228-37, al. 4) ¹.

Lorsqu'un actionnaire souhaite se faire accompagner par un huissier (pour obtenir un compte rendu complet des débats ou, par exemple, faire constater une irrégularité) il doit en faire la demande en justice qui n'accorde l'autorisation que pour des motifs graves, intéressant directement le fonctionnement de la société ².

Dans les sociétés cotées, il est habituel d'admettre que les journalistes financiers assistent aux assemblées ³.

469 Représentation des actionnaires ◇ Dans les sociétés cotées en bourse, le plus souvent, les actionnaires n'assistent pas aux assemblées générales. Pour ceux qui sont empêchés du fait de l'éloignement ou d'un manque de disponibilité, il convenait d'organiser la possibilité d'une représentation, permettant de sauvegarder autant que possible le caractère démocratique de la société anonyme.

La loi a prévu que le droit pour un actionnaire de se faire représenter aux assemblées est d'ordre public (art. L. 225-106, al. 1 et 5) ⁴. Mais l'actionnaire ne peut se faire représenter que par un autre actionnaire, personne physique ou morale, ou par son conjoint ⁵. Toute clause contraire serait réputée non écrite (*id.*).

Le législateur s'est opposé à la présence de personnes spécialisées dans la représentation des actionnaires, ne voulant pas faciliter l'accès aux assemblées d'agitateurs ou de maîtres chanteurs ⁶.

Cette restriction a cependant été jugée trop rigide, notamment au regard de ce qui se pratique dans certains pays étrangers ⁷. C'est pourquoi la loi NRE a aménagé la

1. Curieusement, aucun texte n'a prévu l'accès aux assemblées des membres du directoire non actionnaires. Mais cette possibilité ne fait aucun doute (*Mémento Lefebvre*, n° 10508).

2. Civ. 2^e, 18 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 418, J.-F. Barbière ; D. 1993, p. 91, Y. Chartier (compétence) ; Com. 22 mars 1988, *RJ com.* 1989, p. 111, B. Nicod ; JCP E 1988, II, 15240 ; n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Petites Affiches* 18 avr. 1988, P. Moretti ; Com. 15 févr. 1977, JCP 1979, II, 19020 N. Bernard ; Paris, 21 févr. 1992, *RJDA* 1992, n° 471, p. 373 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 558, Y. Guyon.

3. La présence de journalistes, non actionnaires, donne à la réunion un caractère public, ce qui peut permettre de faire sanctionner pénalement des propos jugés diffamatoires (Crim. 27 nov. 1920, *Journ. sociétés* 1921, 356).

4. Toute personne morale, actionnaire d'une société anonyme, est représentée aux assemblées soit par son représentant légal, soit par un fondé de pouvoir désigné à cet effet, conformément à la loi ou aux statuts, que ce dernier soit ou non lui-même actionnaire, Crim. 26 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1076, n° 291, A. Couret ; *Rev. sociétés* 1994, p. 774, B. Bouloc ; JCP E 1995, II, 644, H. Le Nabasque.

5. Un actionnaire peut désigner deux mandataires différents, Com. 19 sept. 2006, *RTD com.* 2007, p. 177, P. Le Cannu.

6. Rapp. T. com. Paris, 16 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, II, 537, J.-P. Marchi.

7. En Allemagne, les banques dépositaires des titres ont le droit de voter pour les actionnaires ; aux USA, la collecte des *proxies* (procurations) donne lieu à de nombreux abus. (V. Camille Jauffret-Spinosi, art. préc. p. 140 et s.)

représentation aux assemblées des non résidents français en permettant à des intermédiaires de prendre part au vote pour le compte de ces actionnaires qui ont déposé leurs titres chez eux. Le dispositif, qui est complexe, ne s'applique que si les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé (cf. art. L. 228-1 s. ; *supra*, n° 272). La transposition de la directive 2007/36 du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées, devrait permettre aux actionnaires de se faire représenter par toute personne physique ou morale de leur choix, sans restriction.

Il est interdit de limiter le nombre de mandats dont peut disposer un même actionnaire : les seules limites ne peuvent résulter que des dispositions légales ou statutaires fixant le nombre maximal des voix dont peut disposer une même personne, tant en son nom personnel que comme mandataire (art. L. 225-106, al. 2 et 5).

L'actionnaire empêché peut désigner nommément un mandataire qu'il connaît et qui doit exécuter personnellement sa mission (art. R. 225-79, al. 1) ¹. En principe le mandat, qui peut être impératif, est donné pour une seule assemblée (cf. al. 2 et 3) ².

470 Pouvoirs en blanc ◇ Mais le plus souvent, en particulier dans les sociétés importantes, l'actionnaire qui ne peut ou ne veut assister à l'assemblée ne connaît pas d'autre actionnaire à qui donner procuration. C'est pourquoi les sociétés demandent aux banques d'adresser à leurs clients, moyennant commissions, une formule de procuration, signée par l'actionnaire et renvoyée sans indication de nom de mandataire : c'est la pratique des *pouvoirs en blanc* (ou mandats en blanc).

Cette collecte des pouvoirs en blanc, qui est licite, permet d'atteindre plus facilement le quorum (*infra*, n°s 481, 491) et donne au président de l'assemblée un pouvoir considérable puisque c'est lui qui détient le vote attaché aux procurations (art. L. 225-106, al. 6).

Pour **éclairer les actionnaires** sur les conséquences du renvoi de la procuration en blanc, soit à leur banque, soit à la société, le décret du 23 mars 1967 a prévu le dispositif suivant, désormais intégré dans le Code de commerce :

– Dès lors qu'une formule de procuration est adressée à un actionnaire, la société doit lui joindre de nombreux documents afin qu'il soit clairement informé (art. R. 225-81).

1. Com. 29 nov. 1994, *Bull. Joly* 1995, p. 175, n° 46, J.-F. Barbière ; *Rev. sociétés* 1995, p. 714, Y. Reinhard ; *D.* 1995, p. 252, Y. Chartier (mandat personnel) ; Paris, 26 févr. 1993, *RJDA* 1994, p. 242, n° 291 ; *JCP E* 1994, I, 331, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain (interprétation d'un pouvoir de représentation) . Sur la procuration donnée par signature électronique, cf. art. R. 225-79).

2. Paris 12 déc. 2006, *BRDA* n° 6-2007, p. 3 (nullité d'un mandat général). Sur l'étendue du mandat lorsque la question de la révocation d'un dirigeant n'était pas inscrite à l'ordre du jour, Com. 1^{er} juillet 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 244, n° 47, B. Dondero ; *Rev. sociétés* 2008, p. 819, J. P. Mattout.

Ces documents sont : l'ordre du jour de l'assemblée, le texte des projets de résolution présentés par le conseil d'administration, le directoire ou, le cas échéant, les actionnaires ; un exposé sommaire de la situation de l'exercice écoulé accompagné d'un tableau faisant apparaître les résultats au cours de chacun des cinq derniers exercices ; une formule de demande d'envoi complémentaire (v. *infra*, n° 474).

– Pour tenir compte de l'instauration dans notre droit des sociétés anonymes du vote par correspondance (n° 471), la société doit indiquer à l'actionnaire, qu'à défaut d'assister personnellement à l'assemblée, il peut choisir entre trois formules : donner une procuration à un autre actionnaire ou à son conjoint, voter par correspondance, adresser une procuration à la société sans indication de mandat. Un formulaire de vote par correspondance doit être également joint et il convient d'indiquer à l'actionnaire qu'en aucun cas il ne peut retourner à la société à la fois la formule de procuration et le formulaire de vote par correspondance (art. R. 225-81, 5°, 7°, 8°) ¹.

– Enfin, et surtout, la société doit rappeler de manière très apparente à l'actionnaire que, dès lors qu'il retourne son pouvoir en blanc, le président de l'assemblée générale émettra un **vote favorable** à l'adoption des projets de résolution présentés ou agréés par le conseil d'administration ou le directoire, et un vote défavorable à l'adoption de tous les autres projets de résolution (art. L. 225-106, al. 6 et R. 225-81, 6°).

La réglementation des pouvoirs en blanc est donc très favorable aux dirigeants en place. Lorsque l'actionnaire, qui ne peut participer personnellement à l'assemblée, souhaite émettre un vote hostile, il lui faut soit trouver un mandataire dont il est sûr qu'il votera en ce sens, soit utiliser le vote par correspondance ².

471 Vote par correspondance ◇ Afin de faciliter la participation des actionnaires à la vie de la société et pour mieux lutter aussi bien contre les effets néfastes de l'absentéisme que contre l'abus des pouvoirs en blanc, le législateur a innové en introduisant le vote par correspondance dans notre droit des sociétés anonymes (art. 25, loi du 3 janvier 1983 relative au développement des investissements et à la protection de l'épargne). C'est une atteinte incontestable au principe délibératif, mais, il est vrai que, le plus souvent, il n'y a pas de délibération.

Tout actionnaire peut voter par correspondance, quelle que soit la nature de l'assemblée. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites (*cf.* art. L. 225-107, al. 1).

1. Sauf à utiliser le *document unique* prévu par l'article R. 225-76, al. 3 ; *cf. infra*. Cependant, en cas de retour par erreur de la formule de procuration et du formulaire de vote par correspondance, c'est la formule de procuration qui doit être prise en considération, sous réserve des votes exprimés dans le formulaire de vote par correspondance (art. R. 225-81 *in fine*).

2. Le rapport Marini souhaite que soit instaurée une représentation par un mandataire indépendant, à l'image du droit suisse (p. 89).

Le formulaire de vote par correspondance est adressé à tout actionnaire qui en fait la demande ou lui est remis (en particulier lorsque lui est adressée une formule de procuration), accompagné notamment du texte des résolutions (cf. art. R. 225-75 s. et *supra*, n° 470) ¹.

Le formulaire doit offrir à l'actionnaire la possibilité, sur chaque résolution, de voter dans un sens favorable ou défavorable, ou de s'abstenir (cf. art. R. 225-76, al. 1). Les actionnaires ont quelquefois du mal à remplir ces questionnaires et ils préfèrent souvent utiliser le pouvoir en blanc.

Le plus souvent, les sociétés importantes font désormais figurer le formulaire de vote par correspondance et la formule par procuration sur un *document unique* (art. R. 225-76, al. 3, R. 225-78, *supra*, le formulaire de la *Compagnie de Saint-Gobain*) ².

471-1 Vote à distance ³ ◇ La loi NRE a autorisé les sociétés à prévoir dans leurs statuts que les actionnaires peuvent participer à distance à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication, tel *Internet*, permettant leur identification. À la différence du vote par correspondance, ces procédés ont l'avantage de permettre aux actionnaires éloignés de participer aux débats et au vote. Le principe du contradictoire est ainsi respecté et ces actionnaires sont évidemment réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité (art. L. 225-107, II) ⁴.

Les sociétés du CAC 40 font preuve de prudence dans la mise en place de cette modalité de vote. Figurent parmi les pionniers, *France-Télécom*, *BNP-Paribas*, *Danone*, *L'Oréal*.

1. V. sur le décret du 14 mars 1986, Communication de la COB, *Bull.* n° 191, avr. 1986 ; *Bull. Joly* 1986, p. 512, n° 137 ; cf. *Le vote par correspondance dans les assemblées d'actionnaires*, *Bull. Joly* 1986, p. 443. Sur le délai dans lequel le vote par correspondance doit être reçu par la société, cf. art. R. 225-77 (V. sur les difficultés nées lors de l'AG de *Bouygues* du 10 juin 1998, T. com. Versailles (ord. réf.) 3 août 1998, *Joly Bourse* 1998, p. 627, n° 135, S. Robineau).

2. V. *Le vote par correspondance ou « à la recherche du document unique »*, *Dr. sociétés*, juill. 1989 n° 201 à 244.

3. M. Thouch, *Le vote électronique dans les A. G. d'actionnaires*, *Bull. Joly* 2008, p. 734, n° 158 ; *L'utilisation des moyens de télétransmission et les assemblées générales d'actionnaires*, Rapport ANSA, janv. 2000. L'ANSA a également publié un accord de place sur le vote par *Internet* aux A.G. (communiqué n° 3104, mai 2002) ; M. C. Glotin, *Les délibérations sociales par télétransmission : une innovation de la loi NRE*, *JCP E* 2002, p. 747 ; T. Abbaléa et S. Cohen-Salmon, *Le vote électronique dans les sociétés commerciales : vers une internationalisation du rôle des organes de décisions*, *RDAI*, n° 3-2003, p. 285.

4. Un décret du 3 mai 2002 a précisé la nature des moyens de visioconférence qui peuvent être employés et les conditions de leur utilisation ; V. de Brosses et J. Haelling, *L'utilisation des moyens de télécommunication aux conseils et assemblées générales des sociétés anonymes*, *Bull. Joly* 2002, p. 1089, n° 242 ; B. Saintourens, in *Rev. sociétés* 2002, p. 430 ; A. Lienhard, *D.* 2002, p. 1649. Sur la sécurisation de la signature électronique de l'actionnaire votant à distance, cf. art. R. 225-77.

FORMULAIRE DE VOTE PAR CORRESPONDANCE OU PAR PROCURATION

IMPORTANT : Avant d'exercer votre choix entre les 3 possibilités
1 2 3 offertes,
veuillez prendre connaissance des instructions situées au verso.

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE MIXTE des actionnaires, convoquée pour le **vendredi 15 juin 1990**, à 15 heures, au
Grand Auditorium du Palais des Congrès, 2, place de la Porte Maillot, Paris (17), sur seconde convocation.

COMPAGNIE DE SAINT-GOBAIN

SA AU CAPITAL DE F 6 205 601 000

Siège Social :

Les Miroirs, 18, avenue d'Alsace,

92400 COURBEVOIE

R.C.S. NANTERRE B 542 039 532

1 JE DONNE POUVOIR AU PRÉSIDENT

et l'autorise à voter en mon nom
dater et signer en bas sans remplir ni 2 ni 3

CADRE RÉSERVÉ

Identifiant _____ VS
Nombre d'actions _____ VD
Nominatif _____
Porteur _____
Nombre de voix :

2 VOTE PAR CORRESPONDANCE

choisissez
1 ou 2 ou 3
Si vous choisissez 2 ou 3, vous devez
cocher la case correspondante

Je vote OUI à tous les projets de résolutions présentés ou agréés par le Conseil d'Administration à
l'EXCEPTION de ceux que je signale en notifiant comme ceci **■** la case correspondante et pour lesquels
je vote **NON** ou je m'abstiens, ce qui équivaut à voter **NON**.
Art. L 161-1 (Cf au verso renvoi (2))

A. G. MIXTE

1	2	3	4	5
☐	☐	☐	☐	☐
6	7	8	9	10
☐	☐	☐	☐	☐
11	12	13	14	15
☐	☐	☐	☐	☐

Si des amendements ou des résolutions nouvelles étaient présentés à l'Assemblée

- Je donne pouvoir au Président de voter en mon nom ☐
- Je m'abstiens (l'abstention équivaut à un vote contre) ☐
- Je donne procuration (cf. au verso renvoi (3)) à M. _____ pour voter en mon nom. ☐

Pour être prise en considération, toute formule doit parvenir au plus tard :

- à la BANQUE le 12/06/90

_____ Date et Signature

3 POUVOIR A UNE PERSONNE DÉNOMMÉE

Je donne pouvoir (cf. au verso renvoi (3)) à :
M. _____

Pour me représenter à l'Assemblée mentionnée ci-dessus.

Timbre payé sur État

N° 963

Autorisation du 19/7/1986

Nom, Prénom, Adresse (Cf. au verso renvoi (1))



UTILISATION DU DOCUMENT

IMPORTANT : A défaut d'assister personnellement à l'Assemblée, l'actionnaire peut retourner ce formulaire * en utilisant l'une des trois possibilités offertes :

- 1** donner pouvoir au Président (dater et signer au recto sans remplir ni **2** ni **3**)
- 2** voter par correspondance (cocher la case précédant le N° **2**)
- 3** donner pouvoir à une personne dénommée (cocher la case précédant le N° **3**)

QUELLE QUE SOIT LA POSSIBILITÉ RETENUE, LA SIGNATURE DE L'ACTIONNAIRE EST INDISPENSABLE

(1) Le signataire est prié d'inscrire très exactement, dans la zone réservée à cet effet, ses nom (en majuscules d'imprimerie), prénom usuel et adresse ; si ces conditions figurent déjà sur le formulaire, il est demandé au signataire de les vérifier et, éventuellement, de les rectifier.
Pour les personnes morales, indiquer les nom, prénom et qualité du signataire.
Si le signataire n'est pas lui-même un actionnaire (exemple : Administrateur légal, Tuteur, etc.) il doit mentionner ses nom, prénom et la qualité en laquelle il signe le formulaire de vote.

Le formulaire adressé pour une Assemblée vaut pour les autres Assemblées successives convoquées avec le même ordre du jour (Art. 131-3-§3).

POUVOIR AU PRÉSIDENT **1** OU POUVOIR À UNE PERSONNE DÉNOMMÉE **3**

(3) Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (extrait)
Art. 161 : « Un actionnaire peut se faire représenter par un **autre actionnaire** ou par **son conjoint**.
Tout actionnaire peut recevoir les pouvoirs émis par d'autres actionnaires en vue d'être représentés à une Assemblée, sans autres limites que celles résultant des dispositions légales ou statutaires fixant le nombre maximal des voix dont peut disposer une même personne, tant en son nom personnel que comme mandataire. Les clauses contraires aux dispositions des alinéas précédents sont réputées non écrites. Pour toute procuration d'un actionnaire sans indication de mandataire, le président de l'Assemblée générale émet un vote favorable à l'adoption des projets de résolutions présentés ou agréés par le Conseil d'Administration ou le Directeur ou le Gérant, selon le cas, et un vote défavorable à l'adoption de tous les autres projets de résolution. Pour émettre tout autre vote, l'actionnaire doit faire choix d'un mandataire qui accepte de voter dans le sens indiqué par le mandant ».

VOTE PAR CORRESPONDANCE **2**

(2) Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (extrait)
Art. 161-1 : « Tout actionnaire peut voter par correspondance au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées par décret. Les dispositions contraires des statuts sont réputées non écrites.
Pour le calcul du quorum, il n'est tenu compte que des formulaires qui ont été reçus par la Société avant la réunion de l'Assemblée, dans les conditions de délais fixées par décret. Les formulaires ne donnant aucun sens de vote ou exprimant une abstention sont considérés comme des votes négatifs ».

Si vous désirez voter par correspondance vous devez obligatoirement cocher la case précédant le n° **2** au recto.
Dans ce cas, il vous est demandé :

- Pour les projets de résolutions proposés ou agréés par le Conseil d'Administration :
 - soit de voter « oui » pour l'ensemble des résolutions en ne noircissant aucune case
 - soit de voter « non » ou de vous « abstenir » (ce qui équivaut à voter « non ») sur certaines ou sur toutes les résolutions en noircissant individuellement les cases correspondantes.
- Pour les projets de résolutions non agréés par le Conseil d'Administration :
 - de voter résolution par résolution en noircissant la case correspondante à votre choix.

* Le texte des résolutions figure dans l'avis de convocation joint au présent formulaire (Art. D 133) ; ne pas utiliser à la fois **2** et **3** (Art. D 133-8)

B. Information des actionnaires

472 Développement de l'information ¹ ◇ L'une des caractéristiques essentielles de la réforme de 1966-1967 a été d'accroître l'information des actionnaires, à l'imitation de ce qui se pratique aux États-Unis et en Grande-Bretagne ². Ainsi a-t-on voulu inciter les actionnaires à participer davantage à la vie de leur société, et l'on a espéré qu'ils émettraient un vote éclairé sur la gestion de leurs dirigeants. Augmenter la quantité d'information ne suffit cependant pas. Encore faut-il qu'elle soit de bonne qualité ³.

Internet, qui permet une diffusion rapide et très large des informations financières, est de plus en plus souvent utilisé par les sociétés cotées. La COB, dès sa recommandation n° 98-05 ⁴, avait rappelé que les dirigeants des sociétés concernées étaient responsables d'une information précise, exacte et sincère et devaient respecter le principe d'égalité d'accès des investisseurs à l'information ⁵. La recommandation ajoutait que, compte tenu des caractéristiques d'*Internet*, une attention particulière devait être apportée à l'authentification des informations et, en cas de publication d'analyses financières, à la transparence sur les critères de sélection et les modes de présentation ⁶.

L'intervention des commissaires aux comptes et la vigilance de l'AMF vis-à-vis des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne ⁷ ont permis

1. *L'information légale dans les affaires : Quels enjeux ? Quelles évolutions ?* Colloque CREDA, 1^{er} mars 1994, JCP E 1994, I, 387 ; F. Drummond, *L'information des actionnaires et des investisseurs*, RJ com. 2005, p. 15 ; M. Teller, *L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables*, RTD com. 2007, p. 17.

2. Cf. C. Jauffret-Spinosi, art. préc. spéc. p. 130 s.

3. J. P. Mattout, *Information financière et responsabilité des dirigeants*, Dr. sociétés, déc. 2004, p. 11. Sur la responsabilité de la société, et non du PDG, à l'égard d'un actionnaire, Paris 26 sept. 2003 (aff. *Flammariou*) Bull. Joly 2004, p. 84, n° 12, J. J. Daigre ; RTD com. 2004, p. 132, N. Rontchevsky et p. 316, Cl. Champaud et D. Danet (faute à publier une information d'un pessimisme excessif) ; comp. Paris 13 sept. 2005, Dr. sociétés 2006, n° 25, Th. Bonneau (responsabilité du dirigeant) ; Paris 14 déc. 2005, JCP E 2006, A. Viandier (responsabilité du journaliste ne vérifiant pas une information qui se révèle erronée).

4. Rapport COB 1999, p. 41 ; N. Rontchevsky, RTD com. 1999, p. 703. V. déjà *La communication financière des sociétés cotées*, Bull. COB, mai 1997, suppl. p. 1. V. égal. E. Dezeuze et F. Bonaziz, *L'information financière du public et ses sanctions juridiques*, Legicom n° 19-1999-3, p. 11 ; Ch. Curmuniel, *La communication financière des sociétés cotées vis-à-vis de leurs salariés*, Legicom, id. p. 47 ; Dossier ANSA, *L'information financière, Points cruciaux*, éd. 2000 ; A. Maréchal, *La responsabilité des dirigeants des sociétés cotées en matière d'information financière*, Dr. sociétés août-sept. 2001, p. 4. V. égal. Paris, 11 janv. 2000, D. aff. 2000, p. 129, M. Boizard ; JCP E 2000, p. 799, A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 2000, p. 413, N. Rontchevsky (l'émetteur n'a pas d'obligation de contrôler les informations publiées par la presse, en dehors de ses propres communiqués).

5. V. par ex. Décision COB 12 févr. 2002, Bull. COB n° 368 — 2002, p. 69.

6. R. Dumas, *La diffusion d'informations économiques sur Internet, nouvelle illustration des conflits de droits fondamentaux*, Bull. Joly 2004, p. 1185, n° 244 (à propos de Paris 17 mars 2004, id. p. 1237, n° 251).

7. La COB avait mis en ligne sur son site, dès septembre 2002, la liste des sociétés qui n'avaient pas publié dans les délais légaux leurs comptes au BALO ou leur document de référence. À défaut de régularisation, l'AMF peut procéder elle-même aux publications rectificatives et complémentaires, aux frais des émetteurs (art. L. 621-18 C. mon.).

d'atteindre des résultats encourageants et de mieux protéger les épargnants ¹. D'autant que les dirigeants des grandes entreprises ont compris qu'une bonne politique d'information était le meilleur moyen de « fidéliser » leur actionnariat ². Mais la tâche n'a pas été facile : certains chefs d'entreprises sont toujours très attachés au secret des affaires, redoutant que les informations qu'on les oblige à diffuser soient utilisées contre eux ou contre la société, tout à la fois par le fisc, les concurrents, les syndicats de salariés et... leurs actionnaires.

Prenant en compte ces différents impératifs, le législateur et l'administration ont établi un système qui est finalement assez complexe ³. Avant la réunion de l'assemblée, les actionnaires ⁴ (et les titulaires de certificats de droits de vote) ont un droit de communication préalable (a) ; et à toute époque de l'année, ils ont un droit de communication permanent (b).

a. Droit de communication préalable

473 Documents joints à la formule de procuration ◇ Dès lors que la société ou l'un de ses mandataires (banque, prestataire de services d'investissement) adresse une formule de procuration à des actionnaires, de nombreux documents doivent être joints (*supra*, n° 471) ainsi qu'une formule de demande d'envoi de documents complémentaires (*infra*, n° 474).

474 Documents envoyés aux actionnaires sur leur demande ◇ À compter de la convocation de l'assemblée et jusqu'au cinquième jour inclusivement avant la réunion, tout actionnaire qui justifie de sa qualité peut demander à la société de lui envoyer certains documents et renseignements.

1. Le **document de référence** donne une description générale de la société, comprenant des éléments sur son activité, sa structure, ses résultats, ses perspectives. Ces données, qui peuvent être actualisées *via Internet*, font l'objet d'une présentation harmonisée. Le document de référence est beaucoup plus complet que la plaquette annuelle. Il peut être utilisé lors d'opérations financières ultérieures, qui sont alors facilitées (cf. communiqué AMF 12 mars 2008, BRDA n° 6 - 2008, p. 6, instaurant une procédure simplifiée d'instruction et de visa des prospectus). Les analystes financiers estiment toutefois que les documents de référence, qui comprennent entre 300 et 400 pages, sont souvent trop confus, compte tenu de la masse d'informations, quelquefois contradictoires, qui y figure (*Les Échos* 18 janv. 2006). En 2008, 367 sociétés cotées sur *Euronext Paris* ont publié un document de référence (rapport AMF 2008, p. 111). V. égal. M. Delhomme, *L'information financière et les actionnaires minoritaires*, Legicom n° 19-1999, p. 59.

2. Des sociétés de plus en plus nombreuses invitent leurs actionnaires à les interroger *via Internet*, créent un service d'information, développent des clubs d'actionnaires, envoient des lettres faisant le point sur l'évolution de la société, rassurent en cas de krach entraînant une baisse spectaculaire du cours de l'action...

3. V. en particulier pour les sociétés cotées sur *l'Eurolist Paris*, les obligations résultant de la « directive transparence » du 15 déc. 2004, transposées par la « loi Breton » du 26 juill. 2005 et ayant entraîné de nombreuses modifications du Règlement général de l'AMF, BRDA n° 23-2006, p. 15.

4. Le droit à communication des documents appartient également à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-propriétaire et à l'usufruitier d'actions (art. L. 225-118). V. Com. 5 mai 1981, *Rev. sociétés* 1982, 95, A. Viandier (droit individuel des co-indivisaires).

La société est tenue de procéder à cet envoi avant la réunion et à ses frais (art. R. 225-88), sous peine de sanctions pénales (art. L. 242-13). Ce mode de communication a l'avantage de renseigner l'actionnaire sans l'obliger à se déplacer et la société peut espérer que sa documentation sera lue.

Un décret d'application de la loi NRE, du 3 mai 2002, permet la transmission de ces documents par *Internet* à l'adresse électronique de l'actionnaire (cf. art. R. 225-88).

Pour une assemblée ordinaire annuelle (*infra*, n^{os} 444 s.) la société doit notamment envoyer (art. R. 225-81 et R. 225-83 ; L. 242-13) les documents qui doivent être joints à toute formule de procuration (*supra*, n^o 473), les renseignements sur les dirigeants en fonction, sur les candidats aux postes de direction ; le rapport général du conseil d'administration ou du directoire qui sera présenté à l'assemblée. Si la société est cotée, il faudra joindre le rapport du président sur le contrôle interne et le rapport du commissaire aux comptes sur celui-ci, le rapport sur la rémunération et les avantages de toute nature versés aux mandataires sociaux et celui sur les stock-options, le rapport sur les conséquences sociales et environnementales de son activité. Pour toutes les sociétés, les comptes annuels ; un tableau des affectations de résultats ; un inventaire des valeurs mobilières détenues en portefeuille (pour les sociétés cotées et leurs filiales) ; les comptes consolidés ; le rapport général sur les comptes annuels¹ et les rapports spéciaux des commissaires aux comptes ; les observations éventuelles du conseil de surveillance si la société en est dotée ; le dernier bilan social accompagné de l'avis du comité d'entreprise dans les sociétés occupant au moins 300 salariés (art. L. 2323-74 C. trav.).

Tout actionnaire, s'il possède quelques connaissances financières et comptables, dispose ainsi d'une quantité de renseignements importants. Il doit être en mesure « *de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société* » (art. L. 225-108, al. 1). La COB (AMF) a largement contribué à améliorer l'information diffusée en invitant les sociétés cotées à rassembler en une *plaquette annuelle*, ces divers renseignements et documents². La plaquette est devenue un véritable outil de communication vis-à-vis des actionnaires et du grand public³. Le succès d'*Internet* facilite désormais grandement le développement de la communication entre les sociétés, qui ont toutes leur site dès qu'elles sont importantes, et leur actionnariat.

475 *Documents que les actionnaires peuvent consulter au siège social* ◇ L'actionnaire (ou son mandataire) qui souhaite des renseignements complémentaires peut se rendre au siège de la société, ou au lieu de la direction administrative, à compter du jour de la convocation et au moins

1. R.M. JO déb. Sénat, 30 avr. 1969, p. 191 ; RTD com. 1969, p. 527, n^o 23, R. Houin. (Rapp. art. L. 242-13-4^o).

2. Bull. COB oct. 1977, p. 8 ; avr. 1979, p. 13.

3. Banque, janv. 1995, p. 28. V. égal. sur le rôle joué par le PDG de la société grâce au *road show*, *id.*, p. 40.

pendant les quinze jours qui précèdent la date de la réunion (art. R. 225-89, R. 225-91).

Assisté éventuellement d'un expert (art. R. 225-94), il peut ainsi consulter les documents adressés aux actionnaires qui en font la demande (art. R. 225-83 ; *supra*, n° 474) et les documents faisant l'objet du droit de communication permanent (art. L. 225-115 et L. 225-117 ; *infra*, n° 477). De plus, l'actionnaire peut :

- prendre connaissance ou copie ¹ de la **liste des actionnaires** de la société (art. L. 225-116, R. 225-90 et R. 225-91) ². Ce droit facilite la tâche des minoritaires qui souhaitent se grouper pour exercer leurs droits ou encore se compter pour tenter de renverser les dirigeants en place.

- Obtenir communication ou copie du montant global certifié exact par les commissaires aux comptes des **rémunérations** versées aux personnes les mieux rémunérées, le nombre de ces personnes étant de dix ou de cinq selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cents salariés (art. L. 225-115-4°) ³.

- Obtenir communication de l'**inventaire**, sans pouvoir cependant en prendre copie (art. R. 225-89, al. 4) afin d'éviter les fuites au profit des concurrents.

476 Questions écrites aux dirigeants ◇ Depuis la loi du 1^{er} mars 1984 ⁴, tout actionnaire, quel que soit le nombre de titres qu'il détient, peut, à compter de la convocation de l'assemblée, poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration ou le directoire sera tenu de répondre au cours de la réunion (art. L. 225-108, al. 3) ⁵. Les actionnaires peuvent espérer obtenir par ces questions écrites des réponses plus complètes que par le jeu des questions orales posées en cours d'assemblée.

1. « Prendre copie » s'entend de façon large, visant la prise de notes, les photographies, l'utilisation du magnétophone (R.M. JO déb. AN 5 avr. 1972, p. 819 ; *RTD com.* 1972, p. 410, n° 19, R. Houin).

2. Ce droit ne peut plus s'exercer après l'assemblée, *Com.* 26 févr. 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 378, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2008, n° 104, H. Hovasse ; *Bull. Joly* 2008, p. 581, n° 124, L. Godon.

3. Depuis la loi NRE, un rapport du conseil d'administration (ou du directoire) doit indiquer le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chaque mandataire social a reçu (art. L. 225-102-1). La loi de sécurité financière a limité cette information aux sociétés cotées. Un rapport spécial doit également donner des informations sur les *stock options* (art. L. 225-184).

4. Cette possibilité existait déjà pour la SARL (art. L. 223-26, al. 3) (*supra*, n° 208) et la SNC (art. L. 221-8) (*supra*, n° 146).

5. Cf. de façon plus large, P. Le Cannu, *Des questions sans réponse*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 603. Un résumé fidèle et objectif des questions et réponses doit figurer dans le procès-verbal de l'assemblée, R.M. JO déb. AN 22 mai 1989, p. 2354 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 553. V. pour la condamnation pour abus de minorité d'un actionnaire ayant harcelé les dirigeants par ses questions, T. com. Paris 11 mai 2004, *JCP E* 2004, 1154, A. Viandier ; *Bull. Joly* 2004, p. 1238, n° 252, P. Le Cannu ; Sur le recours par des minoritaires à une société de défense, Paris 14 févr. 2006 (*aff. Deminor*) *Bull. Joly* 2006, p. 954, n° 190, J. F. Barbière ; *RTD com.* 2006, p. 427, P. Le Cannu.

Depuis la loi NRE, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social et les associations d'actionnaires, répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ¹. À défaut de réponse dans le délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent alors demander en référé la désignation d'un expert de gestion (art. L. 225-231 ; v. *infra*, n^{os} 522 s.).

En outre, ces actionnaires ou associations, lorsqu'ils ont connaissance d'un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, peuvent aussi poser des questions écrites au président du conseil d'administration ou au directoire. Les questions peuvent être posées à tout moment deux fois par exercice. La réponse doit être également communiquée au commissaire aux comptes dans le cadre de cette procédure d'alerte (art. L. 225-232 ; *infra*, n^o 514).

b. Information permanente

477 Documents tenus en permanence à la disposition des actionnaires ◇ À toute époque de l'année, tout actionnaire peut prendre connaissance par lui-même ou par mandataire, au siège social ou au lieu de la direction administrative, des documents sociaux visés à l'article L. 225-115 ² qui ont été tenus à la disposition des actionnaires avant les assemblées générales des trois derniers exercices, ainsi que des procès-verbaux et des feuilles de présence de ces assemblées. Sauf en ce qui concerne l'inventaire, le droit de prendre connaissance emporte celui de prendre copie (art. L. 225-117, R. 225-92) ³.

Cette information est certes tournée vers le passé, mais elle peut permettre d'utiles comparaisons.

c. Sanctions du droit à l'information de l'actionnaire

478 Injonctions de faire et sanctions civiles ◇ Si la société refuse en totalité ou en partie la communication des documents qu'elle doit tenir à la disposition de ses actionnaires préalablement à l'assemblée ou de façon permanente, le président du tribunal de commerce statuant en référé peut

1. Les questions écrites doivent être adressées par voie postale ou par courrier électronique au plus tard le quatrième jour ouvré précédant la date de l'A. G. (cf. art. R. 225-84).

2. Sur les difficultés pouvant naître à propos de la communication de la liste et de l'objet des conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales, Com. 26 févr. 2008, *BRDA* n^o 7-2008, p. 2 ; *Dr. sociétés* 2008, n^o 104, H. Hovasse.

3. Paris 13 oct. 2006, *RTD com.* 2007, p. 375, Cl. Champaud et D. Danet. Toute personne, donc tout actionnaire, peut également obtenir au siège social la délivrance d'une copie certifiée conforme des statuts, la liste des dirigeants et le nom des commissaires aux comptes (art. R. 225-109).

être saisi d'une **injonction de faire** et ordonner cette communication sous astreinte (art. L. 238-1) ¹.

Si un actionnaire n'a pu exercer son droit de communication, tel qu'il est organisé par la loi et le décret, *l'assemblée peut être annulée* (art. L. 225-121, al. 2) ².

Enfin, conformément au droit commun, l'actionnaire peut obtenir des *dommages-intérêts* à condition qu'il prouve avoir subi un préjudice personnel ³.

- 479 Sanctions pénales** ◇ La loi frappait de peine d'amende (9 000 euros) les dirigeants qui, même de bonne foi, ne respectaient pas leur devoir d'information (anc. art. L. 242-14). La loi NRE du 15 mai 2001 a remplacé la sanction pénale, mal adaptée, par une injonction de faire (*supra*, n° 478).

C. Tenue de l'assemblée générale ordinaire

- 480 Organisation** ◇ À chaque assemblée est tenue une **feuille de présence** (art. L. 225-114) qui doit être émargée par les actionnaires présents, les titulaires de certificats de droit de vote et les mandataires. Elle indique les nom, prénom et domicile ⁴ ainsi que le nombre des actions et le nombre des voix de chaque actionnaire présent, de chaque actionnaire représenté, de chaque mandataire et de chaque actionnaire ayant adressé à la société un formulaire de vote par correspondance (art. R. 225-95) ⁵.

L'exactitude de cette feuille de présence est de toute première importance ; c'est elle qui permettra de vérifier la régularité de l'assemblée (participants, calcul du quorum et de la majorité). Elle doit donc être certifiée exacte par le bureau de l'assemblée (art. R. 225-95 *in fine*) et son défaut d'établissement entraînerait obligatoirement la nullité de l'assemblée (art. L. 225-121, al. 1) ⁶.

1. A condition que la demande soit formée avant la tenue de l'assemblée, Com. 26 févr. 2008, préc. Sur les documents limités qui peuvent être demandés, Com. 23 juin 2009, D. 2009, p. 1824, A. Lienhard.

2. Rappr. en matière de SARL, Aix, 27 mai 1988, préc., JCP E 1989, II, 15562, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Com. 9 oct. 2007, Bull. Joly 2008, p. 95, n° 22, I. Parachkevova (défaut d'information à l'occasion d'une opération-accordéon).

4. À défaut, il ne saurait y avoir nullité de l'assemblée, T. com. Paris, 7 janv. 1997, RJDA 1998, p. 637, n° 875.

5. Les pouvoirs des actionnaires représentés (et les bulletins de vote par correspondance) doivent être annexés à la feuille de présence, sous peine d'amende, Crim. 1^{er} oct. 1981, BRDA 22-1981, p. 20.

6. L'existence d'inexactitudes de la feuille de présence n'entraîne pas la nullité des délibérations, à la différence du défaut de sa tenue, Com. 4 déc. 2001, Bull. Joly 2002, p. 379, n° 80, P. Le Cannu ; Dr. sociétés 2002, n° 42, D. Vidal. La sanction pénale a été supprimée par la loi de sécurité financière (anc. art. L. 242-15 1^{er}) ; Paris 18 nov. 2003, Rev. sociétés 2004, p. 120, P. Le Cannu ; Bull. Joly 2004, p. 231, n° 37, H. Le Nabasque.

L'assemblée est présidée par le président du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) ou, en son absence, par la personne prévue par les statuts. À défaut de précision statutaire, l'assemblée élit elle-même son président (art. R. 225-100, al. 1) ¹. Le rôle du président est important dans la mesure où il détient la **police de l'assemblée** ².

Le bureau de l'assemblée est composé du président et de deux scrutateurs, ceux-ci étant les deux membres de l'assemblée disposant du plus grand nombre de voix et ayant accepté la fonction (art. R. 225-101, al. 1) ³. Le bureau de l'assemblée en désigne le secrétaire qui, sauf disposition contraire des statuts, peut être choisi en dehors des actionnaires (art. R. 225-101, al. 2, souvent un cadre de la société) ⁴.

Le bureau doit veiller au bon déroulement de l'assemblée. En particulier, il certifie l'exactitude de la feuille de présence (art. R. 225-95, al. 3) et contrôle le respect de la réglementation concernant les droits de vote ⁵.

Il signe également le procès-verbal de la séance (art. R. 225-106, al. 1).

481 **Quorum** ◇ L'assemblée générale ordinaire ne peut délibérer valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le **cinquième des actions** ayant le droit de vote (art. L. 225-98, al. 2) ⁶.

Le quorum était du quart avant la « loi Breton » du 26 juillet 2005. Dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent prévoir un quorum supérieur au cinquième (V. tableau récapitulatif, *infra*, sous n° 497).

1. En cas de convocation par les commissaires aux comptes, par un mandataire de justice ou par les liquidateurs, l'assemblée est présidée par celui ou par l'un de ceux qui l'ont convoquée (art. R. 225-100, al. 2).

2. D. Père, *Assemblées houleuses et expulsion d'actionnaires : attention à la responsabilité pénale des dirigeants* ! *Bull. Joly* 2004, p. 1437, n° 291.

3. Le caractère incomplet du bureau n'entraîne pas, de ce seul fait, l'annulation des délibérations de l'assemblée, R.M. JO déb. AN 4 nov. 1970, p. 5074 ; *Rev. sociétés* 1971, 114 ; Paris, 25 janv. 1972, *Bull. Joly* 1972, p. 232, n° 133-2 ; Paris, 11 juill. 1981, *Rev. sociétés* 1982, 297, J.-L. Sibon.

4. Sur le rôle du secrétaire, T. corr. Paris, 19 sept. 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain.

5. En cas de défaut de déclaration de franchissement de seuil (art. L. 233-14, al. 3), le bureau se prononce sur la suppression des droits de vote (*cf.* par ex. A. G. d'Eiffage de juin 2007, sur l'existence d'une action de concert contestée, Versailles 27 juin 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1192, n° 318, M. Storck ; *RTD com.* 2007, p. 796, N. Rontchevsky ; D. 2007, p. 1884, A. Lienhard ; V. cependant, pour la même A. G., les limites aux pouvoirs du bureau fixées par T. com. Nanterre 6 mai 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 688, n° 149, M. Storck ; D. 2008, p. 2411, F. Martin-Laprade ; *RTD com.* 2008, p. 595, N. Rontchevsky ; D. Carreau et H. Letréguy, D. 2008, p. 2882).

6. Le quorum doit donc se calculer en fonction du nombre des actions (et non de leur valeur nominale, qui peut être différente) et des certificats de droit de vote. Il convient de déduire du total des actions celles qui sont privées du droit de vote, ce qui implique que le calcul soit effectué à l'ouverture de l'assemblée et lors du vote de chaque résolution, *cf.* Y. Guyon et J. Richard, *Les actions qui doivent être prises en compte pour le calcul du quorum dans les assemblées d'actionnaires*, *JCP N* 1979, 7185, p. 337. En cas de vote par correspondance, les actions ne sont prises en compte que pour les résolutions figurant sur le formulaire (*supra*, n° 471 *in fine*).

Les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par *Internet*, si les statuts les y autorisent, sont réputés présents pour le calcul du quorum (art. L. 225-107, II).

Sur deuxième convocation, dans un délai minimum de six jours (art. R. 225-69), **aucun quorum** n'est requis (art. L. 225-98, al. 2). La participation d'un nombre minimal d'actionnaires n'étant pas exigée, l'assemblée à laquelle ne serait présent qu'un seul actionnaire doit être tenue pour valable ¹.

En pratique, pour obtenir le quorum plus facilement, les sociétés d'une certaine importance accordent des « jetons de présence » aux actionnaires présents, ou leur remettent de menus cadeaux. Mais le moyen le plus efficace reste l'utilisation des pouvoirs en blanc qui permet d'éviter les frais et retard d'une seconde convocation.

Toute assemblée qui délibérerait sans que le quorum exigé par la loi soit atteint serait nulle (art. L. 225-121, al. 1), et le quorum doit exister pendant toute la durée de l'assemblée. Dès lors qu'il apparaît que la réunion ne peut pas se tenir régulièrement, il doit normalement en être dressé procès-verbal par le bureau de l'assemblée (art. R. 225-107).

482 Débats et vote ² ◇ Il est d'usage que le président dépose sur le bureau de l'assemblée les documents et rapports qui seront soumis aux actionnaires (cf. art. R. 225-106). Ensuite, le conseil d'administration (le directoire) et les commissaires aux comptes présentent leurs rapports ainsi que les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés (art. L. 225-100, al. 2).

Dans les sociétés cotées, cette présentation des activités et des résultats se fait le plus souvent sous forme audiovisuelle ³, ce qui est plus efficace et permet de consacrer l'essentiel du temps aux débats.

Les débats ⁴ portent sur les questions inscrites à l'ordre du jour (*supra*, n° 465) ⁵ et les dirigeants doivent également répondre aux questions écrites qui leur ont été posées préalablement à l'assemblée (*supra*, n° 476).

À l'issue des débats, l'assemblée est appelée à voter les résolutions proposées ⁶, le vote devant se faire résolution par résolution. Généralement le vote

1. Paris, 11 juin 1981, *Rev. sociétés* 1982, 297, J.-L. Sibon ; JCP CI 1982, n° 10923, n° 14, et les réserves de Y. Guyon et G. Coquereau.

2. Cf. Rapport AMF « Pour l'amélioration de l'exercice des droits de vote des actionnaires en France », 15 sept. 2005.

3. Bull. COB avr. 1978, p. 6. *Addé* communication COB in Bull. COB, févr. 1989, n° 222 (information sur les résolutions proposées).

4. Sur le droit de critique de l'actionnaire, Civ. 2^e, 13 mai 2004, Bull. Joly 2004, p. 1517, n° 301, L. Godon ; *Rev. sociétés* 2005, p. 401, H. Matsopoulou.

5. Dans les assemblées des sociétés cotées, des questions souvent intéressantes sont posées par les journalistes financiers, qui sont également les porte-parole de leurs lecteurs-actionnaires.

6. P. Mousseron, *À propos des résolutions d'associés*, in *Mélanges C. Mouly*, Litec 1998, t. 2, p. 223. Sur la date d'effet des résolutions adoptées, cf. J.-P. Storck, *La rétroactivité des décisions sociales*, *Rev. sociétés* 1985, p. 55.

a lieu à mains levées, mais des modalités différentes (vote par appel nominal, à scrutin secret, vote par boîtiers électroniques dans les sociétés cotées) peuvent être prévues par les statuts ou déterminées par le bureau. Bien entendu, il doit être tenu compte des pouvoirs en blanc (*supra*, n° 470), des votes émis par correspondance, visioconférence ou *Internet* (*supra*, n° 471, art. L. 225-107, II ; sur le droit de vote de l'actionnaire en général, *supra*, n°s 306 s.) ¹.

Depuis 2005, on assiste à une certaine fronde des actionnaires des sociétés cotées en bourse, qui n'adoptent plus « les yeux fermés » les résolutions qui leur sont proposées. C'est ainsi qu'il n'est pas rare que les actionnaires refusent des distributions d'actions gratuites ou de stock options pour les dirigeants et les salariés (*Vinci, Havas, Alcatel...*), s'opposent à donner des autorisations concernant des augmentations de capital (*Alcatel, Carbone-Lorraine*) ou introduisant dans les statuts des dispositifs anti-OPA qui diminueraient le caractère spéculatif des actions.

S'il y a des actions en **usufruit**, dans les assemblées générales ordinaires, le droit de vote appartient, en principe, à l'usufruitier (art. L. 225-110, al. 1^{er}), mais les statuts peuvent déroger à cette répartition (al. 4). La Cour de cassation a toutefois limité cette liberté statutaire en décidant que l'usufruitier ne pouvait pas être privé du droit de voter les décisions concernant l'affectation des bénéfices. La solution repose sur la règle du droit des biens selon laquelle la perception des fruits est une prérogative essentielle de l'usufruitier (art. 578 C. civ.) ².

483 Majorité ◇ Les décisions sont prises à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés (art. L. 225-98, al. 3). C'est dire que le vote blanc ou nul ou l'abstention sont réputés exprimer un vote défavorable, puisque les voix prises en compte sont celles des actionnaires présents, représentés ou votant par correspondance ou à distance et non les voix exprimées ³.

1. J.-P. Valuet, *Droit de vote en assemblée générale d'actionnaires : régime actuel et perspectives d'évolution*, *Dr. et patr. nov.* 1997, p. 28. Sur les difficultés auxquelles peut donner lieu le vote électronique très répandu dans les sociétés cotées les plus importantes, T. com. Paris 2 mai 2002, *JCP E* 2002, p. 1220, n° 1105 (A.G. 2002 de Vivendi Universal).

2. Com. 31 mars 2004, *D.* 2004, p. 1167, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2004, p. 836, n° 168, avis M. A. Lafortune, note J. Madon et Th. Jacomet ; *Rev. sociétés* 2004, p. 317, P. Le Cannu ; *JCP E* 2004, 1510, n° 1, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2004, n° 107, H. Hovasse ; Com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 217, n° 43, P. Le Cannu. Cf. égal. A. Viandier, *L'irréductible droit de vote de l'usufruitier*, *RJDA* 2004, p. 859 ; Fl. Deboissy et G. Wicker, *Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de droits sociaux*, *JCP E* 2004, 1290 ; Y. Paclot, *Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droits sociaux*, *JCP E* 2006, 1251 ; A. Pietrancosta, *Usufruit et droit des sociétés*, *Dr. et patr.*, mai 2005, p. 63 ; V. Mercier, *Le droit des biens au secours du droit des sociétés : le régime de répartition des dividendes*, *Dr. sociétés*, janv. 2008, p. 7. L'usufruitier qui décide l'affectation de bénéfices à un compte de réserve ne consent aucune donation au nu-propriétaire, Com. 10 févr. 2009, *JCP E* 2009, 1287, H. Hovasse ; *D.* 2009, p. 1512, V. Barabé-Bouchard.

3. En cas d'existence d'actions à vote double, la majorité doit être calculée, contrairement au quorum, en tenant compte du nombre de droits de vote que les actions représentent, R.M. JO déb. AN 25 août 1986, p. 2849 ; *Bull. Joly* 1986, p. 759, n° 224.

Une disposition statutaire pourrait-elle exiger une majorité plus élevée ? Avant 1966, la jurisprudence l'admettait, sauf pour la révocation des administrateurs qui ne doit comporter aucune restriction ¹. Cette solution devrait subsister, n'étant pas contraire aux articles L. 225-98 et L. 225-121 qui signifient seulement que les règles — éventuellement statutaires — concernant la majorité s'imposent à peine de nullité ².

484 Procès-verbal ◇ Une fois l'ordre du jour épuisé et les résolutions ayant été soumises au vote des actionnaires, la séance est levée. Un procès-verbal de l'assemblée est alors dressé et signé par les membres du bureau (art. L. 225-117 ; R. 225-106). Ce document doit contenir en particulier un résumé fidèle et objectif des débats ³, le texte des résolutions soumises à l'assemblée et le résultat des votes ⁴. Complété par la feuille de présence, il permet de vérifier la régularité de l'assemblée.

Les procès-verbaux doivent être établis sur un registre spécial tenu au siège de la société (art. R. 225-106, al. 2). Les actionnaires ont, à toute époque de l'année, le droit d'obtenir communication des procès-verbaux des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices (art. L. 225-117, *supra*, n° 477). Ces documents n'étant pas des actes authentiques ne font foi que jusqu'à preuve contraire, les actionnaires peuvent donc en contester le contenu par tout moyen ⁵.

Au cas où l'assemblée ne se serait tenue que sur le papier, ce qui peut arriver dans les sociétés de taille modeste, les auteurs du « procès-verbal » sont passibles des sanctions pénales pour faux (art. 441-1 C. pén.) ⁶.

485 Sanctions des règles de tenue de l'assemblée ◇ La loi de 1966 étant très réticente pour admettre les nullités, il convient de délimiter avec soin leur domaine d'application, avant de préciser le régime de l'action en nullité ⁷.

1. Com. 4 juin 1966, *Bull. civ.* III, n° 284, p. 255, cassant Douai, 24 mai 1962, *D.* 1962, p. 688, A. Dalsace ; *JCP* 1962, II, 12871, D. Bastian.

2. En ce sens également, Y. Guyon, n° 306 ; v. cependant G. Ripert et R. Roblot, n° 1218.

3. R.M. JO déb. AN 22 mai 1989, p. 2354 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 553. Sur le point de savoir si l'assemblée peut revenir sur une de ses décisions qui n'a encore reçu ni publicité, ni début d'exécution, cf. Paris, 28 mars 1989, *JCP E* 1990, II, 15677, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1989, 717, Y. Guyon.

4. Sur les mentions du PV, cf. art. R. 225-106, al. 1. Pour les sociétés cotées, v. *Bull. COB*, avr. 1974, p. 6. Des sanctions pénales sont prévues par l'article L. 242-15-3°.

5. Concernant la possibilité pour un actionnaire de se faire accompagner d'un huissier qui établira un compte rendu intégral des débats, cf. *supra*, n° 468.

6. J.-F. Bulle, *Les assemblées sur « papier »*, *Dr. sociétés*, juin 1998, p. 7 ; *Crim.* 6 sept. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 41, n° 13.

7. Cf. J.-P. Legros, *La nullité des décisions de sociétés*, *Rev. sociétés* 1991, 275.

486 *Domaine d'application des nullités* ◇ L'on sait que toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée, mais l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés (art. L. 225-104, al. 2, *supra*, n° 466). De son côté, l'article L. 225-121 prévoit certaines causes de nullité.

- L'alinéa 1^{er} du texte dispose que sont *obligatoirement* annulées les délibérations prises par les assemblées générales ordinaires en violation des dispositions sur la compétence (art. L. 225-96, L. 225-97, L. 225-98, al. 1) le quorum (L. 225-98, al. 2) ou la majorité (L. 225-98, al. 3). La nullité s'impose également à défaut de rapport du conseil d'administration (ou du directoire ou du conseil de surveillance), des commissaires aux comptes (L. 225-100, al. 2), en cas de violation des règles relatives à l'ordre du jour (L. 225-105) ou à la feuille de présence (L. 225-114).

- L'alinéa 2 de cet article L. 225-121 prévoit que l'assemblée *peut* être annulée en cas de violation des dispositions relatives au droit de communication des actionnaires (art. L. 225-115 et L. 225-116 et textes du décret d'application).

- Le texte de base pour les assemblées générales ordinaires n'en demeure pas moins l'article L. 235-1, alinéa 2 selon lequel « la nullité d'actes ou délibérations ¹ autres que ceux qui modifient les statuts, ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats » :

- *Violation d'une disposition impérative du livre II du Code de commerce* ². Il ne fait pas de doute que la nullité est encourue lorsqu'elle est expressément prévue par le législateur (*cf. supra*, art. L. 225-104, al. 2 ; L. 225-121). Le doute n'est pas permis non plus lorsque le législateur a pris soin de préciser que telle disposition était d'ordre public ou que toute clause contraire était réputée non écrite : la violation de cette disposition impérative est sanctionnée par la nullité. Mais que décider lorsque le législateur n'a rien indiqué concernant le caractère impératif ou supplétif d'une disposition ? La jurisprudence, conformément à l'aspect protecteur de la loi envers les actionnaires et les tiers, se reconnaît la possibilité de déclarer que telle disposition de la loi doit être considérée comme impérative au sens de l'article L. 235-1, alinéa 2 ³.

1. Les « actes » sont les manifestations de volonté émanant des représentants légaux de la société, au nom de celle-ci ; les « délibérations » sont les décisions prises par les organes collectifs de la société : assemblées, mais également conseil d'administration, directoire, conseil de surveillance. *Cf. Com.* 24 avr. 1990 (aff. *Cointreau préc.*) *Bull. Joly* 1990, p. 511, n° 134, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1991, 347, P. Didier ; *JCP E* 1991, II, 122, M. Jeantin ; *RTD com.* 1990, p. 416, n° 4, Y. Reinhard.

2. D. Grillet-Ponton, *La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société*, *Rev. sociétés* 1984, 259.

3. *Soc.* 20 oct. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 277, J. Guyénot, considérant comme impérative la disposition de l'article L. 225-225 (devenu L. 822-12) qui interdit aux commissaires aux comptes d'être nommés administrateurs, directeurs généraux ou membres du directoire des sociétés qu'ils contrôlent, moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions.

La question de savoir si la nullité est encourue lorsque la violation d'une disposition est déjà sanctionnée pénalement, est discutée ¹. On peut en effet soutenir que les sanctions répressives ont été développées dans la loi de 1966 pour tenir compte de la diminution des causes de nullité ².

À l'inverse, il n'est pas interdit de penser que le législateur a voulu montrer doublement l'intérêt qu'il porte au caractère impératif de la règle ³. La jurisprudence reflète cette opposition ⁴.

La nullité ne peut être prononcée que dans l'hypothèse d'une violation du « présent livre » II du Code de commerce. Le caractère restrictif de l'article L. 235-1, alinéa 2, ne permet pas de prononcer la nullité lorsqu'il y a violation d'une disposition extérieure à ces textes (par ex. du titre 2 du livre VIII consacré aux commissaires aux comptes) et en particulier s'il y a violation d'une disposition impérative d'un décret d'application ⁵. La distinction n'est pas satisfaisante ⁶. Cependant, la nullité peut être prononcée lorsque la disposition réglementaire violée est indissociable de la loi qui y fait référence expresse ⁷.

Un arrêt de chambre mixte a précisé à propos de la violation d'une disposition du décret du 3 juillet 1978, relative à la convocation d'un associé à une assemblée d'une société civile, que la nullité n'est encourue qu'à la condition que le demandeur en nullité puisse établir que l'irrégularité qu'il invoque **lui fasse grief**, c'est-à-dire qu'il n'a pas pu jouir utilement du droit que lui reconnaît la règle légale impérative. La solution est transposable aux sociétés commerciales, dès lors que les dispositions réglementaires du Code de commerce ont été édictées en vue d'assurer l'effectivité d'une disposition impérative du Livre II dudit Code ⁸.

– *Violation d'une disposition impérative régissant les contrats*. La formule utilisée par l'article L. 235-1, alinéa 2 vise les contrats en général, c'est-à-

1. F. Barrière, *Ordre public et impérativité en droit pénal des sociétés anonymes*, *Rev. Sociétés* 2007, p. 713.

2. *Mémento Lefebvre*, n° 28309.

3. P. Bézard, n° 1186. *Rappr. R.M. JO déb. Sénat* 25 juin 1987, p. 1007 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 495.

4. Cf. Montpellier, 7 janv. 1980, *Rev. sociétés* 1980, 737, C. Mouly (en faveur de la nullité) ; *contra* Com. 3 janv. 1996, *JCP E* 1996, II, 808, H. Hovasse ; Paris, 10 mai 1984, *Bull. Joly* 1984, p. 765, n° 269.

5. Civ. 3^e, 24 sept. 2003, *JCP E* 2004, 29, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *R.M. JO déb. AN* 4 nov. 1970, p. 5074 ; *RTD com.* 1971, p. 137, n° 12, R. Houin. La sanction ne peut alors résider que dans l'octroi de dommages-intérêts. V. par ex. Paris, 22 mars 1977, *D.* 1978, p. 157, G. Gourlay.

6. Cf. P. Le Cannu sous Paris, 24 sept. 1981, *Rev. sociétés* 1982, p. 283.

7. Com. 15 avr. 1982, *Rev. sociétés* 1983, 343, J. Hémard (art. L. 225-105 et R. 225-72). V. égal. *supra*, n° 68.

8. Ch. mixte 16 déc. 2005, *préc.*, *Bull. Joly* 2006, p. 536, n° 107, L. Grosclaude ; *D.* 2006, p. 146, A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2006, 36, F. X. Lucas ; *JCP E* 2006, 1176, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker et 1348, avis M. Domingo ; *Rev. sociétés* 2006, p. 327, B. Saintourens.

dire les règles établies par les articles 1108 à 1117 du Code civil concernant le consentement (dol, erreur ¹, violence) ², la capacité, l'objet ou la cause.

– *Cas de fraude ou d'abus de droit.* Bien que le texte ne mentionne pas la fraude ou l'abus de droit comme cause de nullité, il est admis que la jurisprudence antérieure qui prononçait l'annulation (*fraus omnia corrumpit*) continue à s'appliquer ³.

– La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a introduit dans le Code de commerce un nouvel article L. 235-2-1, qui prévoit que désormais « *sont nulles les décisions prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions* ». Dans le cadre de la dépenalisation entreprise, la nullité remplace ainsi les sanctions pénales qui étaient antérieurement prévues mais n'étaient pas appliquées.

Depuis quelques années, on observe que la Cour de cassation s'oriente vers un certain élargissement du champ d'application des nullités ⁴. Mais cette extension semble difficilement compatible avec l'interprétation stricte de la première directive donnée par la Cour de justice des Communautés européennes ⁵.

487 Régime de l'action en nullité ◇ Lorsque la nullité tend à la protection d'un intérêt particulier (nullité relative) l'action est réservée à la personne ou au groupe de personnes dont la loi assure la protection ⁶. En revanche, lorsque la nullité tend à sanctionner un vice de portée générale (nullité absolue), toute personne se prévalant d'un intérêt légitime peut agir ⁷. Cependant, ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi (art. L. 235-12) ⁸.

1. TGI Metz, 20 avr. 1982, *Bull. Joly* 1982, p. 789, n° 341 (nullité pour erreur sur les conséquences fiscales des résolutions adoptées).

2. Par ex. Metz, 5 janv. 1977, *Rev. sociétés* 1977, 488, B. Bouloc.

3. Par ex. sur l'abus de majorité, cf. *infra*, n°s 578 s.

4. V. par ex. sur la nullité des délibérations d'un conseil d'administration pour défaut d'information des administrateurs, en l'absence de disposition impérative de la loi de 1966, Com. 24 avr. 1990 (aff. *Cointreau*) préc. ; sur la nullité d'une décision d'assemblée pour violation des statuts, Com. 20 nov. 1990, *Rev. sociétés* 1991, 521, M. Pariente ; *JCP E* 1991, II, 195, J.-P. Legros ; sur la nullité pour contrariété à l'intérêt social, Com. 13 nov. 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 113, M. Pariente ; *RTD com.* 2008, p. 366, P. Le Cannu et B. Dondero ; rapp. Com. 1^{er} juill. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 244, n° 47, B. Dondero.

5. CJCE 13 nov. 1990 (aff. *Marleasing*), *Rev. sociétés* 1991, 532, Y. Chaput ; P. Level, *JCP E* 1991, II, 156, *RTD com.* 1991, p. 68, n° 16, Cl. Champaud ; B. Saintourens, *Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1^{re} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes*, *Bull. Joly* 1991, p. 123, n° 41.

6. Il n'est pas nécessaire que le demandeur à l'action en nullité soit actionnaire de la société à la date de l'acte ou de la délibération dont il poursuit l'annulation, Com. 4 juill. 1995, *JCP* 1995, II, 22560, Y. Guyon ; D. 1996, p. 186, J. Cl. Hallouin ; *RTD civ.* 1996, 412, P.Y. Gautier ; comp. Com. 17 déc. 2002, *RTD com.* 2003, p. 322, Cl. Champaud et D. Danet.

7. Com. 17 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 29, p. 18.

8. Toutefois, la nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice du consentement est opposable même aux tiers, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence (art. L. 235-12) ; Civ. 3^e, 21 oct. 1998 (aff. *Girard*) ; *JCP E*

La prescription de l'action est de **trois ans** à compter du jour où la nullité est encourue (art. L. 235-9) ¹ ; et toutes les nullités, à l'exception de celles fondées sur l'illicéité de l'objet social, peuvent être couvertes (art. L. 235-3 et s.).

Si l'action est recevable ², tantôt la loi oblige le juge à prononcer la nullité (par ex. art. L. 225-121, al. 1) ; tantôt elle lui laisse la liberté d'apprécier l'opportunité de prononcer la nullité (cf. art. L. 225-104, al. 2 ; L. 225-121, al. 2) ³. Le demandeur qui abuserait de son droit d'agir en justice pourrait être condamné à des dommages et intérêts ⁴.

SECTION 2. L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE

Il convient d'une part de préciser quelle est la compétence de l'assemblée générale extraordinaire (§ 1) et, d'autre part d'indiquer les règles particulières de fonctionnement qui lui sont applicables (§ 2), puisque, en principe, ce sont les règles concernant les assemblées générales ordinaires (*supra*, n^{os} 460 s.) qui jouent.

§ 1. Compétence de l'assemblée générale extraordinaire

488 Modifications statutaires ◇ Selon l'article L. 225-96 alinéa 1^{er} : « L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions ; toute clause contraire est réputée non écrite » ⁵. Le

1999, p. 85, Y. Guyon et p. 30, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1999, p. 114, n^o 25, L. Grosclaude ; *Dr. sociétés* 1999, n^o 2, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1999, p. 116, Cl. Champaud et D. Danet ; P. Le Cannu, *Nullité et participation des associés aux décisions collectives*, *RJDA* 1998, p. 987. En l'espèce, la non-convocation n'a pas été assimilée à un vice de consentement et l'associé non convoqué n'a qu'une action en dommages-intérêts contre les responsables de l'irrégularité. Sur la notion de bonne foi, cf. Paris, 26 avr. 1990 (aff. *LVMH*) *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 168, n^o 7, M. Jeantin et A. Viandier.

1. Com. 6 oct. 1981, *Bull. Joly* 1981, p. 918, n^o 430. Cependant, même si l'action en nullité est prescrite, l'exception de nullité, qui est imprescriptible, peut être invoquée par celui auquel l'exécution de l'acte irrégulier est demandée, dès lors qu'il n'a pas encore été exécuté, Com. 10 juill. 1978, *Rev. sociétés* 1979, 848, I. Balensi ; Com. 20 mars 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1105, n^o 300, P. Le Cannu. Adde M. Storck, *L'exception de nullité en droit privé*, D. 1987, chron. 67 ; J. Mestre in *RTD civ.* 1999, p. 617.

2. Com. 13 nov. 2003, *JCP E* 2004, 337, A. Viandier (intérêt légitime de celui qui a voté une résolution d'A. G. à rechercher la nullité de celle-ci. *Comp. Com.* 19 nov. 1991 *BRDA* n^o 3-1992, p. 11 (actionnaire étant censé avoir renoncé à son action en nullité dès lors qu'il a approuvé sans réserve les résolutions d'une assemblée ultérieure).

3. Cf. par ex. Com. 23 oct. 1979, *Rev. sociétés* 1980, p. 91 ; D. 1982, IR, 14, J. Cl. Bousquet.

4. Versailles 9 oct. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 58, n^o 7, P. Le Cannu.

5. Une modification statutaire ne peut pas être tacite, Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Rev. sociétés* 2000, p. 509, Y. Guyon.

pouvoir de cette assemblée est donc considérable, puisque non seulement elle peut apporter des retouches formelles aux statuts, mais, surtout, elle peut modifier de façon très importante le pacte social en décidant une dissolution anticipée, des modifications du capital social, un changement de l'objet social... ¹.

Le critère de compétence, fondé sur la modification des statuts, a le mérite de la simplicité, mais il n'est pas pleinement satisfaisant. Est-il normal par exemple d'avoir à réunir une assemblée extraordinaire pour changer les dates des exercices sociaux (modification statutaire) alors qu'il suffit d'une décision de l'assemblée ordinaire, voire du conseil d'administration, pour décider du lancement d'un emprunt obligataire (art. L. 228-40, al. 1^{er}) qui peut avoir des conséquences financières très lourdes pour la société, pendant plus de dix ans ?

Le législateur a quand même admis que le déplacement du siège social dans le même département ou dans un département limitrophe pouvait être décidé par le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) sous réserve de ratification de cette décision par la prochaine assemblée générale ordinaire (art. L. 225-36, *supra*, n° 396 ; art. L. 225-65, *supra*, n° 452).

Ce pouvoir reconnu à l'assemblée générale extraordinaire est d'ordre public. Les statuts ne pourraient donc être modifiés par le conseil d'administration, le directoire, le conseil de surveillance ou l'assemblée générale ordinaire ².

489 *Limites à l'omnipotence de l'assemblée générale extraordinaire* ◇

Si certaines limites sont expressément fixées par la loi ³, d'autres résultent des principes généraux.

– L'assemblée extraordinaire ne peut pas augmenter les engagements des actionnaires (art. L. 225-96) ⁴ en prenant une décision qui entraînerait une « aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers » ⁵.

1. La jurisprudence considère qu'il n'est pas interdit à l'assemblée générale extraordinaire de prendre des décisions qui relèvent en principe de la compétence de l'assemblée ordinaire. V. pour une révocation d'administrateur, Rennes, 25 févr. 1972, JCP 1972, II, 17220, H. Synvet. Rapp. art. L. 225-18, al. 1^{er} qui prévoit qu'en cas de fusion ou scission, la nomination des administrateurs peut être faite par l'assemblée générale extraordinaire.

2. Les seules exceptions concernent le transfert du siège social (art. L. 225-36 et L. 225-65) et, dans une moindre mesure, le mandat donné par l'assemblée extraordinaire au conseil d'administration (ou au directoire) d'augmenter ou de réduire le capital suivant les modalités qu'elle fixe (art. L. 225-129-III ; L. 225-204, al. 3, *infra*, n° 551 s.). Sur une répartition des bénéfices contrairement aux statuts d'une SCP, Civ. 1^{re}, 22 nov. 1994, JCP E 1995, I, 447, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussein.

3. Pour les cas où la société a créé des titres conférant des droits particuliers, v. *infra*, n° 497.

4. L. Jobert, *La notion d'augmentation des engagements des associés*, Bull. Joly 2004, p. 627, n° 124 et Thèse dactyl. Paris II, 2002, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports* ; H. Le Nabasque, *La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés*, Actes Pratiques, Sociétés, déc. 1997, p. 36 ; F. Rizzo, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, RTD com. 2000, p. 27 ; G. Taormina, *Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé*, Rev. sociétés 2002, p. 267.

5. Com. 26 mars 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 122, Th. Bonneau ; Bull. Joly 1996, p. 604, n° 213, P. Le Cannu (clause de non-concurrence insérée en cours de vie sociale) ; Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, *Dr. sociétés* 1997, n° 4, Th. Bonneau ; Bull. Joly 1997, p. 131, n° 44, P. Le Cannu ; RTD com. 1997, p. 467, Cl. Champaud et D. Danet (décision de garantir le passif social) ; Com. 24 juin

Une telle résolution ne pourrait être adoptée qu'à l'unanimité.

Ainsi l'assemblée ne peut-elle obliger les actionnaires à effectuer des apports supplémentaires (rappr. art. L. 225-127, al. 3) ou décider la transformation de la SA en société en nom collectif puisque les associés seraient alors indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales (l'article L. 225-245, al. 1^{er} exige l'unanimité des actionnaires) ¹.

En revanche, peuvent être prises par l'assemblée générale extraordinaire des décisions qui entraînent une diminution des droits des actionnaires : introduction dans les statuts d'une clause d'agrément (*supra*, n° 321) ; obligation de convertir les actions au porteur en actions nominatives dans une société cotée...

L'actionnaire qui a émis un vote favorable à une telle résolution n'est pas, de ce seul fait, dépourvu d'intérêt à demander l'annulation ; la disposition violée étant d'ordre public, est sanctionnée par une nullité absolue qui peut être demandée par tout actionnaire ².

– L'assemblée extraordinaire ne peut changer la **nationalité de la société** qu'à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire, et conservant à la société sa personnalité juridique (art. L. 225-97) ³. À défaut, l'unanimité s'impose.

– L'assemblée générale, serait-elle extraordinaire, ne peut non plus porter **atteinte aux droits individuels des actionnaires** (*supra*, n° 293) qui béné-

1997, *Bull. Joly* 1997, p. 871, n° 314, B. Saintourens (blocage d'un compte-courant) ; Com. 3 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 166, n° 46, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1992, p. 305, Y. Guyon (appels de fonds en contrepartie de services rendus à l'actionnaire qui correspondent à des charges définies par les statuts et dans le règlement intérieur) ; Paris 27 mars 2001 (aff. *Témoignage Chrétien*), *Bull. Joly* 2002, p. 89, n° 18, H. Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 2002, n° 14, F. X. Lucas (clause statutaire d'exclusion d'un associé) ; Com. 5 mai 2009, *BRDA* n° 10 – 2009, p. 3 (contribution aux pertes des associés d'une société civile en cours de vie sociale). Le législateur réserve cependant le cas des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué (art. L. 225-96, al. 1). Rappr. sur les conditions d'appels de fonds supplémentaires dans les sociétés civiles de construction-vente, Civ. 3^e, 26 juin 1985, *Rev. sociétés* 1987, p. 270, B. Bouloc ; Com. 19 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 70, n° 14, A. Couret ; *Rev. sociétés* 2000, p. 294, L. Godon ; *RTD com.* 2000, p. 105, Cl. Champaud et D. Danet (pas d'augmentation des engagements à la suite d'une dissolution anticipée) ; Paris, 27 juin 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 193, n° 52, H. Le Nabasque (soc. civ. de moyens). V. pour des hypothèses où la notion d'augmentation des engagements n'a pas été retenue, Civ. 3^e, 8 oct. 1997, *Dr. sociétés* 1998, n° 20, Th. Bonneau ; *JCP E* 1997, I, 710, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Civ. 1^{re}, 13 janv. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 457, n° 157, J.-J. Daigre (caution bancaire à fournir) ; Paris, 13 janv. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 321, n° 110, J.-J. Daigre ; *JCP E* 1998, p. 508, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; p. 559, Th. Bonneau et Ph. Billot (invitation du gouverneur de la Banque de France, art. 52 Loi bancaire, devenu art. L. 511-42 C. mon.).

1. Rappr. C. Gavoty et P. Ullmann, *L'absorption par une SAS exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ?* *Bull. Joly* 2001, p. 831, n° 177.

2. Com. 13 nov. 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 97, B. Saintourens ; *JCP E* 2004, 337, A. Viandier et 601, n° 7, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *Bull. Joly* 2004, p. 413, n° 73, H. Le Nabasque et p. 511, n° 97, B. Dondero ; *RTD com.* 2004, p. 314, Cl. Champaud et D. Danet.

3. Cf. M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ 1997, préf. P. Le Cannu ; J.-M. Bischoff, *Observations sur la validité du transfert international de siège social*, in *Mélanges D. Bastian*, 1974, T. I, p. 23. Sur le régime fiscal, du changement de nationalité d'une société, *supra*, n° 87-1.

ficient de prérogatives irréductibles, quelles que soient les exigences de l'intérêt social. Ainsi, sous réserve des exceptions strictement prévues par la loi, ne lui est-il pas possible d'exclure un actionnaire de la société (*supra*, n° 305), de le priver de son droit de vote (*supra*, n° 306), de lui interdire de céder ses actions (*supra*, n° 315), de l'empêcher d'agir en justice contre la société (*supra*, n° 412).

– Enfin, l'**organisation légale des pouvoirs** de la société anonyme (*supra*, n°s 404, 425) interdit à l'assemblée générale extraordinaire d'empiéter sur les pouvoirs expressément attribués aux autres organes de la société¹, président, directeur général ou conseil d'administration, directoire ou conseil de surveillance, assemblée générale ordinaire.

L'assemblée extraordinaire ne peut pas nommer elle-même le président du conseil d'administration pour réparer le vice entachant sa désignation par un conseil irrégulièrement composé². De même, ne peut-elle décider la création d'un comité de direction, qui serait un organe permanent et concurrent du conseil d'administration³.

§ 2. Particularités de fonctionnement de l'assemblée générale extraordinaire

490 Composition de l'assemblée ◇ Tout actionnaire (ou titulaire de certificat de droit de vote) a le droit de participer à l'assemblée générale extraordinaire, quel que soit le nombre de ses actions⁴. La règle est d'ordre public (art. L. 225-113) ; c'est pourquoi les statuts ne pourraient exiger que les actionnaires soient titulaires d'un minimum d'actions pour accéder à l'assemblée.

491 Quorum ◇ La « loi Breton » du 26 juillet 2005 a abaissé les seuils de quorum, qui étaient difficiles à atteindre dans les sociétés cotées : l'assemblée extraordinaire ne délibère valablement que si les actionnaires présents, représentés ou votant à distance (art. L. 225-107, II) possèdent au moins, **sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions** ayant le droit de vote (art. L. 225-96, al. 2)⁵. La loi ne permettant pas de descendre au-dessous de ce quorum, s'il n'est pas atteint, la deuxième assemblée peut être reportée à une date ultérieure qui ne

1. Sur le pouvoir du conseil d'administration de céder des actions constituant un élément de l'actif social, Com. 19 avr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1260, n° 278, P. Mousseron.

2. Com. 31 janv. 1968, *D.* 1968, p. 321.

3. Aix, 28 sept. 1982, *Rev. sociétés* 1983, 773, J. Mestre. Cf. égal. Ph. Merle, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, *D.* 1975, chron. p. 245.

4. Com. 6 juill. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 76, Y. Guyon.

5. Avant la « loi Breton », le quorum était respectivement du tiers et du quart. V. l'exception prévue par l'article L. 225-129-II, en cas d'augmentation de capital réalisée par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, où les conditions de quorum sont celles de l'assemblée ordinaire (*infra*, n° 493).

saurait excéder deux mois, le quorum du cinquième étant toujours exigé pour cette *assemblée prorogée* (art. L. 225-96, al. 2). Il y a là un risque de blocage si ce quorum ne peut être atteint.

Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés (art. L. 225-96, al. 2 *in fine* nouv.).

Avant la « loi Breton », dans les sociétés comportant un grand nombre d'actionnaires, il était souvent difficile, même en ayant recours aux pouvoirs en blanc (*supra*, n° 470), d'atteindre ce quorum.

Malgré la réforme, on peut se demander si la pratique antérieure ne va pas subsister : elle consiste à indiquer dans l'avis de convocation la date et l'heure auxquelles se tiendra la deuxième assemblée au cas où le quorum ne serait pas atteint pour la première réunion. Lorsque la société comporte plusieurs centaines de milliers d'actionnaires, une économie substantielle peut être ainsi réalisée... (V. tableau récapitulatif, *infra*, sous n° 497).

492 Droit de vote ◇ Lorsque l'action est l'objet d'un usufruit, le droit de vote appartient en principe au nu-proprétaire (art. L. 225-110, al. 1) ¹. Mais les statuts peuvent déroger à cette disposition (art. L. 225-110, al. 4) ².

Dans la lignée de l'arrêt de *Gaste* (*supra*, n° 467), la Cour de cassation a réaffirmé que si les statuts peuvent accorder le droit de vote en assemblée générale extraordinaire à l'usufruitier, il ne peut cependant pas être « *dérogé au droit du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives* » ³. C'est dire que, dans cette hypothèse, le nu-proprétaire a le droit d'être convoqué à l'AGE, d'y participer, d'émettre un avis consultatif, après avoir reçu l'information préalable. Toutefois, si l'usufruitier faisait du droit de vote que lui attribuent les statuts un usage contraire à l'intérêt de la société, dans le seul dessein de favoriser ses intérêts personnels au détriment de ceux des autres associés, la résolution adoptée pourrait être annulée pour abus de majorité ⁴.

1. Y. Paclot, *Remarques sur le démembrement des droits sociaux*, JCP E 1997, I, 674 ; V. sur le refus d'un nu-proprétaire de proroger une société, Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *Rev. sociétés* 1988, 409, A. Viandier ; *Bull. Joly* 1988, p. 360, n° 107, G. Lesguillier.

2. Cf. M. Germain, JCP 1988, I, 3341, spéc. n°s 24-25. En cas de transmission d'entreprise, le démembrement de l'action peut permettre par exemple au donateur de répartir différemment les pouvoirs entre lui et ses enfants.

3. Com. 22 févr. 2005 *aff. Gérard*, BRDA n° 6-2005, p. 3, cassant Rennes 27 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1187, n° 245, F. X. Lucas ; Civ. 2^e, 13 juill. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 217, n° 43, P. Le Cannu. Rapp. le trouble jeté antérieurement par Com. 9 févr. 1999 (*Château d'Yquem*) JCP E 1999, p. 724, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1999, p. 566, n° 122, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1999, p. 81, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1999, n° 67, Th. Bonneau (dans cette affaire, cependant, aucun démembrement d'actions n'était en cause).

4. Com. 2 déc. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 116, n° 25, Th. Revet ; D. 2009, p. 780, B. Dondero ; JCP E 2009, 1450, A. Rabreau ; *Rev. sociétés* 2009, p. 83, P. Le Cannu. Cet arrêt casse une décision de la CA de Caen qui avait retenu que si l'usufruitier portait atteinte à la substance des droits du nu-proprétaire, ce dernier disposerait d'une action en responsabilité civile contre lui, Caen 19 févr. 2008, JCP E 2008, 2545, n° 1, Fl. Deboissy, G. Wicker ; JCP E 2009, 1025, Y. Paclot ; D. 2009, p. 12, A. Lienhard.

Comme pour toute assemblée, les statuts peuvent limiter le nombre des voix dont chaque actionnaire dispose, mais à condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions (*cf.* art. L. 225-125) ¹.

493 Majorité ◇ Pour qu'une résolution soit adoptée en assemblée générale extraordinaire, elle doit recueillir une majorité renforcée qui est des **deux tiers des voix** dont disposent les actionnaires présents, représentés ou votant à distance (art. L. 225-96, al. 3 ; L. 225-107, II) ². Cette règle, à laquelle il n'est pas possible de déroger par une disposition statutaire, appelle deux remarques :

D'une part, elle marque le triomphe de la **conception institutionnelle** de la société. Si l'on était resté fidèle à la conception contractuelle, le pacte social ne pourrait être modifié qu'à l'unanimité des cocontractants : les nécessités de la vie sociale l'ont emporté sur le respect des conventions.

D'autre part, l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires qui détient plus du tiers des voix pèse d'un très grand poids dans la société puisqu'il dispose de la **minorité de blocage** : toute modification des statuts suppose son accord ³. Mais il n'est pas à l'abri d'une action intentée par les dirigeants sociaux pour abus de minorité (*infra*, n° 581).

Les exceptions à ce vote à la majorité des deux tiers des voix sont limitativement prévues par la loi : les augmentations de capital par incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission sont de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire puisqu'il y a modification statutaire. Mais, comme l'augmentation de capital se traduit par un simple jeu d'écriture, on se contente du quorum et de la majorité des assemblées générales ordinaires (art. L. 225-129-II ; *infra*, n° 567) ⁴.

L'unanimité est en revanche exigée en cas d'augmentation des engagements des actionnaires (art. L. 225-96 ; *supra*, n° 489).

Des règles particulières de majorité sont également applicables en cas de transformation de la société anonyme en société d'un autre type (*infra*, n° 584).

494 Publicité ◇ Les décisions de l'assemblée générale extraordinaire entraînant une modification des statuts, doivent faire l'objet d'une publicité pour être opposables aux tiers. Le principe est celui du parallélisme des formes : les modifications statutaires sont soumises aux mêmes formalités de publicité

1. Cette disposition peut être très utile dans le cadre d'une défense anti-OPA (*infra*, n° 651).

2. Comme dans les assemblées générales ordinaires (*supra*, n° 483), la majorité ne se calcule pas en fonction des voix exprimées, mais en fonction des voix dont disposent les actionnaires présents, représentés, votant par correspondance ou à distance. L'abstention, le vote blanc ou nul équivalent donc à un rejet de la résolution proposée.

3. Sur la valeur économique spécifique des actions composant la minorité de blocage, Paris 2 juill. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 217, n° 48, A. Couret.

4. V. égal. dans le cadre d'une défense anti OPA, la possibilité d'émettre des bons d'offre. La décision est alors prise par l'AGE aux conditions de quorum et de majorité des AGO (art. L. 233-32, III ; *infra* n° 651-1).

que celles qui avaient été suivies lors de la constitution de la société (*supra*, n° 264).

Lorsque la modification statutaire a une incidence financière (prorogation, transformation ou dissolution de la société ; modification du capital social), le procès-verbal de l'assemblée est soumis à la formalité de l'enregistrement dans le délai d'un mois (CGI art. 635-1-5°).

- 495 Nullité des délibérations** ◇ Le domaine des nullités des délibérations des assemblées générales extraordinaires est très proche de celui des assemblées ordinaires (*supra*, n°s 485 s. ; sur l'abus de majorité ou de minorité, *infra*, n°s 578 s.). Cependant le texte de référence est l'alinéa 1^{er} de l'article L. 235-1 (et non l'al. 2) qui dispose que « la nullité d'une société 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 ¹ ».

Ce texte ne vise donc que la violation d'une « disposition expresse » du livre II du Code de commerce (cf. *supra*, n° 68), alors que l'alinéa 2 envisage la « violation d'une disposition impérative du présent livre » (*supra*, n° 486).

De plus, la sanction joue en cas de violation des dispositions « qui régissent la nullité des contrats » ² (*supra*, n° 68), tandis que pour l'alinéa 2 elle résulte de la violation des dispositions impératives « qui régissent les contrats » (*supra*, n° 496).

SECTION 3. L'ASSEMBLÉE MIXTE

- 496 Intérêt pratique** ◇ L'assemblée mixte est celle qui est réunie pour se prononcer sur des résolutions relevant pour partie de la compétence de l'assemblée ordinaire et pour partie de celle de l'assemblée extraordinaire. Ainsi évite-t-on d'avoir à convoquer et réunir deux assemblées successives pour approuver par exemple les comptes de l'exercice écoulé et décider d'une augmentation de capital (V. page suivante).

L'assemblée mixte est une création de la pratique. Elle n'est pas réglementée par la loi ; mais il convient de respecter, selon le type de résolution, les règles des assemblées ordinaires et celles des assemblées extraordinaires.

En pratique, il conviendra, par exemple, de calculer quorum et majorité, résolution par résolution, suivant la nature des décisions à prendre, en étant vigilant sur les actions en usufruit (*supra*, n° 492).

Pour éviter ces difficultés, certains dirigeants préfèrent convoquer successivement, le même jour, une assemblée ordinaire puis une assemblée extraordinaire.

1. Cf. T. com. Paris, 24 sept. 1991, JCP E 1992, I, 120, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain (nullité pour erreur sur les droits de l'usufruitier).

2. T. com. Nanterre, 26 févr. 1993, D. 1993, p. 337, A. Couret et F. Peltier (refus d'annulation pour dol ou erreur), confirmé sur ce point par Versailles, 8 juill. 1993, Bull. Joly 1993, p. 1024, n° 298, P. Le Cannu.



Ordre du jour de l'Assemblée Générale Mixte

• De la compétence de l'Assemblée Générale Ordinaire

- Approbation des comptes de la Société au 31 décembre 2007 ;
- Approbation des comptes consolidés au 31 décembre 2007 ;
- Affectation du bénéfice, fixation du dividende ;
- Conventions de l'article L. 225-38 du Code de commerce ;
- Engagements de l'article L. 225-42-1 du Code de commerce concernant M. Thierry Desmarest ;
- Engagements de l'article L. 225-42-1 du Code de commerce concernant M. Christophe de Margerie ;
- Autorisation au Conseil d'administration pour opérer sur les actions de la Société ;
- Renouvellement du mandat d'administrateur de M. Paul Desmarais Jr. ;
- Renouvellement du mandat d'administrateur de M. Bertrand Jacquillat ;
- Renouvellement du mandat d'administrateur de Lord Peter Leven of Portsoken ;
- Nomination en tant qu'administrateur de Mme Patricia Barbizet ;
- Nomination en tant qu'administrateur de M. Claude Mandil.

• De la compétence de l'Assemblée Générale Extraordinaire

- Délégation de compétence consentie au Conseil d'administration en vue d'augmenter le capital avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires, soit par émission d'actions ordinaires ou de toutes valeurs mobilières donnant accès au capital, soit par incorporation de primes, réserves, bénéfices ou autres ;
- Délégation de compétence consentie au Conseil d'administration en vue d'augmenter le capital par émission d'actions ordinaires ou de toutes valeurs mobilières donnant accès au capital, avec suppression du droit préférentiel de souscription ;
- Délégation de pouvoirs consentie au Conseil d'administration en vue d'augmenter le capital par émission d'actions ordinaires ou de toutes valeurs mobilières donnant accès au capital en rémunération d'apports en nature consentis à la Société ;
- Délégation de compétence consentie au Conseil d'administration en vue d'augmenter le capital dans les conditions prévues par l'article L. 443-5 du Code du travail ;
- Autorisation d'attribuer gratuitement des actions de la Société aux collaborateurs du Groupe ainsi qu'à des dirigeants mandataires sociaux de la Société ou de sociétés du Groupe.

La Société a, par ailleurs, reçu :

- De la part du Comité Central d'Entreprise de l'UES Amont de TOTAL, 2 place de la Coupole – La Défense 6 – 92078 Paris la Défense cedex, des projets de résolutions :
 - une résolution vise à mettre fin au mandat de M. Antoine Jeancourt-Galignani ;
 - une résolution vise à introduire à l'article 12 des statuts de la Société une disposition relative à la publication nominative des taux de présence des administrateurs aux séances du Conseil d'administration et de ses Comités spécialisés ;
 - une résolution vise à autoriser le Conseil d'administration à procéder à des attributions gratuites d'actions de la Société à l'ensemble des salariés de l'entreprise dans le cadre des dispositions de l'article L. 443-6 du Code du travail.
- De la part du Conseil de Surveillance du Fonds Commun de Placement (FCP) Total Actionnariat France, 2 place de la Coupole - La Défense 6 – 92078 Paris la Défense cedex, une demande d'inscription à l'ordre du jour de projets de résolutions portant sur les mêmes sujets et rédigés dans les mêmes termes que ceux déposés par le Comité Central d'Entreprise de l'UES Amont de TOTAL.

SECTION 4. LES ASSEMBLÉES SPÉCIALES

497 Compétence et délibérations ◇ Les assemblées spéciales réunissent les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée (v. *supra*, n° 282 s. ; art. L. 225-99, al. 1^{er}). Une assemblée spéciale doit être tenue chaque fois que les dirigeants de la société envisagent de modifier les droits des actionnaires de telle ou telle catégorie. La décision de l'assemblée générale des actionnaires ne sera définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale concernée (art. L. 225-99, al. 2). À défaut, elle serait sans effet.

Les actionnaires de la *Société Générale*, titulaires d'actions à vote double, ont refusé que soit supprimé leur privilège, lors d'une assemblée spéciale de décembre 1999, suppression qui avait été approuvée dans son principe par une assemblée générale tenue en juin ¹.

Depuis la « loi Breton » du 26 juillet 2005, les assemblées spéciales ne délibèrent valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, **sur première convocation, le tiers** et, **sur deuxième convocation, le cinquième** des actions ayant le droit de vote et dont il est envisagé de modifier les droits. À défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée, mais avec le même quorum. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés (art. L. 225-99, al. 3 nouv.). Les règles de majorité des assemblées spéciales sont celles des assemblées générales extraordinaires (al. 4). Le non-respect de ces règles entraînerait la nullité de la décision (art. L. 225-121, al. 1^{er}).

1. *La Tribune*, 15 déc. 1999.

ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

Quorum et majorité

	Quorum (calculé sur les actions ayant droit de vote)			Majorité (des actions présentes, représentées ou votant à distance)
	1 ^{re} convocation	2 ^e convocation	3 ^e convocation	
Assemblées générales ordinaires	1/5 ^(a)	aucun		La moitié + une
Assemblées générales extraordinaires ^(b)	1/4	1/5	1/5	2/3
Assemblées spéciales	1/3 ^(c)	1/5 ^(d)	1/5 ^(e)	2/3
	des actions ayant droit de vote et dont il est envisagé de modifier les droits			

(a) Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir un quorum plus élevé (art. L. 225-98, al. 2 nouv.).

(b) Cf. art. L. 225-96

(c) Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés (art. L. 225-99 nouv.).

(d) *Idem.*

(e) *Idem.*

CHAPITRE 5

LES ORGANES DE CONTRÔLE

498 Diversité ◇ La surveillance de l'administration de la société anonyme appartient traditionnellement aux actionnaires réunis en assemblée générale (*supra*, n^{os} 456 s.) ¹. Mais du fait de l'absentéisme des actionnaires, ou de leur incompétence, ce seul contrôle serait totalement insuffisant. La loi de 1867 pour rendre plus efficace le contrôle des assemblées avait déjà prévu la nomination de commissaires chargés de vérifier les comptes sociaux. Les *commissaires aux comptes* sont devenus progressivement l'acteur essentiel d'un contrôle qui déborde largement celui des seuls comptes (section 1). Afin de permettre une information plus précise sur telle ou telle opération de gestion, le législateur en 1966 a accordé le droit aux actionnaires minoritaires soupçonneux de demander la nomination d'un expert. Cet « expert de minorité » est devenu l'*expert de gestion* (section 2) dont la nomination peut être désormais réclamée non seulement par les actionnaires mais par le ministère public, l'AMF, le comité d'entreprise (L. 1^{er} mars 1984). Cette large ouverture est significative : la société anonyme n'est plus la « chose » des seuls actionnaires. On comprend ainsi le rôle joué dans son contrôle par la COB, désormais l'AMF, pour celles qui offrent au public des titres financiers (section 3), et pour toutes, par le *ministère public* (section 4) et le *comité d'entreprise* (section 5).

SECTION 1. LES COMMISSAIRES AUX COMPTES ²

499 Évolution ³ ◇ Les insuffisances criantes des commissaires désignés dans le cadre de la loi de 1867 ont conduit le législateur à intervenir régulièrement pour renforcer leur *compétence* et leur *indépendance* (D.L. 8 août 1935, 31 août 1937). Mais le système français était encore très loin du niveau

1. Dans la société anonyme de type nouveau, v. sur le rôle important joué par le conseil de surveillance dans le contrôle de la gestion, *supra*, n^o 451.

2. *Mémento Lefebvre, Audit et commissariat aux comptes*, 2009 – 2010, par A. Mercier et Ph. Merle, avec le concours de Cl. Flahaut-Jasson et S. Besnard. V. égal. la remarquable étude du CREDA, sous la direction d'A. Sayag, *Le commissariat aux comptes, renforcement ou dérive*, *Librairies Techniques*, 1989, 2 vol. ; J. Monéger et Th. Granier, *Le commissaire aux comptes*, D. 1995 ; J.-F. Barbiéri, *Commissariat aux comptes*, GLN Joly 1996 ; *Commissaire aux comptes, Missions et responsabilités*, sous la dir. de M. Domingo, *Economica* 2001.

3. Ph. Merle, *Du commissaire de surveillance au contrôleur légal des comptes*, in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz 2007, p. 229. Cf. égal. R. Contin, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Litec 1975, n^{os} 236 et s.

atteint à l'étranger, notamment par les cabinets d'*auditeurs* anglo-saxons. La réforme décisive fut opérée par la loi du 24 juillet 1966 et le décret du 12 août 1969 relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes de sociétés ¹. Toutes les sociétés anonymes sont tenues d'avoir au moins un commissaire aux comptes, que l'on dénomme également *auditeur légal* ou *contrôleur légal*. Le niveau de *compétence* des commissaires aux comptes est accru et attesté par l'inscription sur une liste ; leur *indépendance* ² est garantie par de nombreuses incompatibilités et l'assurance d'une stabilité dans leurs fonctions. Le « poids » des commissaires aux comptes est ainsi considérablement renforcé, d'autant qu'ils sont dotés d'une organisation professionnelle solide, et qu'ils sont invités à collaborer avec le ministère public et l'Autorité des Marchés Financiers, qui a succédé à la COB.

Ces différentes modifications législatives ont contribué à étendre peu à peu le domaine d'intervention des commissaires aux comptes. Leur contrôle n'est plus seulement celui des comptes, il est également celui de la régularité de la vie juridique de la société. Ils doivent l'exercer *de façon permanente*, et non plus seulement quelques jours avant la tenue de l'assemblée générale annuelle. Pour ce faire ils sont dotés de pouvoirs d'investigation importants.

Ce *contrôle comptable, financier et juridique*, est devenu peu à peu général. Il ne s'exerce plus uniquement dans l'intérêt des actionnaires. Il est également très précieux pour les tiers (clients, fournisseurs, banquiers, repreneurs) qui, en présence de comptes certifiés par des spécialistes, peuvent s'engager en toute connaissance de cause avec leur cocontractant. Les chefs d'entreprise perçoivent également de mieux en mieux la présence du commissaire aux comptes, qui représente pour eux un élément de sécurité. Et c'est le plus souvent un esprit de collaboration qui anime leurs relations.

La loi du 1^{er} mars 1984 sur la *prévention des difficultés des entreprises* a encore élargi le champ d'intervention des commissaires aux comptes, en les chargeant d'une mission d'alerte lorsqu'ils constatent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (*infra*, n° 514). Leur rôle est désormais bien d'intérêt général.

La loi NRE du 15 mai 2001 a unifié le statut et les missions des commissaires aux comptes, quelle que soit l'entité dans laquelle ils exercent leurs fonctions (sociétés, associations...). Elle a en effet inséré dans le livre VIII du Code de commerce (« *De quelques professions réglementées* ») un titre II qui regroupe les dispositions relatives aux commissaires aux comptes et les infractions touchant aux contrôles (*cf.* l'important art. L. 820-1) ³.

1. Le décret, modifié à maintes reprises, et en particulier par le décret du 9 févr. 2007 transposant la directive du 17 mai 2006 relative aux contrôles légaux des comptes, est désormais codifié dans la partie réglementaire du Code de commerce, sous les articles R. 821-1 s.

2. Y. Guyon, *L'indépendance des commissaires aux comptes*, JCP 1977, I, 2831.

3. Ph. Merle, *Les nouvelles obligations des commissaires aux comptes après la loi NRE du 15 mai 2001*, D. 2001, p. 3516.

À la suite des affaires *Enron*¹ et *Worldcom* (2001-2002), un doute important est né sur la qualité de l'information financière et comptable aux USA et cette suspicion s'est étendue à l'ensemble des entreprises internationales. Les États-Unis qui jusqu'alors étaient partisans de l'autorégulation ont réagi rapidement à la crise de confiance par le vote de la loi « *Sarbanes-Oxley* » (« *Corporate Accountability Act* ») promulguée le 30 juillet 2002².

La loi, dont les dispositions s'appliquent dès lors qu'elles ont une répercussion sur une société cotée aux USA — que cette société soit américaine ou étrangère —, propose des solutions aux dysfonctionnements identifiés dans la régulation des marchés financiers américains (condition de certification des comptes et indépendance des auditeurs, gouvernement d'entreprise, réforme des normes comptables, déontologie des analystes financiers et régulation des agences de notation).

C'est dans ce contexte mondial, marqué par la volonté de restaurer la confiance des marchés, que s'inscrit la **loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003**. Le texte comporte un titre III « *Modernisation du contrôle légal des comptes et transparence* » qui apporte des modifications importantes à l'organisation et au contrôle de la profession de commissaires aux comptes (art. L. 821-1 s.) ainsi qu'au statut des professionnels (art. L. 822-1 s.)³. A cette occasion est créé un organe de supervision de la profession, le **Haut Conseil du commissariat aux comptes** (« *H3C* », *infra*, n° 502).

Les quatre grands réseaux mondiaux d'auditeurs (« *Fat Four* ») sont : *Pricewaterhouse-Coopers*, *Deloitte Touche Tohmatsu*, *KPMG*, *Ernst & Young*. La Commission de Bruxelles avait autorisé l'absorption d'*Andersen France* par *Ernst & Young France* à la suite de l'affaire *Enron*.

La législation française a de nouveau été modifiée par une ordonnance du 8 décembre 2008⁴ qui a transposé la directive du 17 mai 2006 concernant le contrôle légal des comptes annuels⁵, qui avait abrogé et remplacé la huitième directive.

500 Nature des fonctions ◇ Dans la loi de 1867, les commissaires étaient considérés comme des mandataires (art. 43). Mais cette qualification ne peut être admise dans la mesure où ils ne sont pas chargés d'accomplir des

1. L'affaire *Enron* (V. sous la direction de M. A. Frison-Roche, *Les leçons d'Enron, Capitalisme, la déchirure*, éd. Autrement, 2003, avec la traduction du rapport du Sénat américain) a provoqué la disparition de son auditeur, *Arthur Andersen*, l'un des plus célèbres des *big five*. Cf. M. Piaget et Cl. Baumann, *La chute de l'empire Andersen*, Dunod 2003.

2. Sur les principales dispositions du texte, P. Descheemaeker, *Bull. Joly* 2003, p. 5, n° 1 ; D. Hurstel et J. Mougel, *La loi Sarbanes-Oxley doit-elle inspirer une réforme du gouvernement d'entreprise en France ?* *Rev. sociétés* 2003, p. 13. Cf. égal. N. Rontchevsky in *RTD com.* 2002, p. 700.

3. Sur cette loi, cf. A. Couret et M. Tudel, *D.* 2003, p. 2290 ; Ph. Merle et D. Kling, in *Le droit des sociétés pour 2004*, Dalloz 2004, p. 255 ; Hovasse, *Dr. sociétés* 2003, n° 169. Cf. égal. P. Bézard, *La mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 83.

4. Cf. B. Lecourt, *Rev. sociétés* 2009, p. 191 ; S. Lavric, *D.* 2008, p. 3070 ; *BRDA* n° 24-2008, p. 21. *Adde D.* 30 déc. 2008, *BRDA* n° 1-2009, p. 4.

5. Sur cette directive, A. Robert, *Rev. Sociétés* 2007, p. 733.

actes juridiques au nom de la société, ils n'effectuent que des opérations de vérification.

Les commissaires ne sont pas unis à la société par un lien contractuel, à la différence du comptable salarié chargé de tenir les comptes au jour le jour, et de l'expert-comptable qui en assure la révision. C'est la loi qui fixe les relations entre la société et le commissaire, qui est devenu un *organe social* ¹, un « *organe supra-social de contrôle* » ². Leur mission a évolué vers un rôle d'intérêt général ³.

Il convient d'envisager successivement le statut des commissaires aux comptes (§ 1), leurs attributions (§ 2), les conditions d'exercice de leur mission (§ 3) et leurs responsabilités (§ 4).

§ 1. Le statut des commissaires aux comptes

501 Accès à la profession ◇ Nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes, s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet (art. L. 822-1).

Une liste des commissaires aux comptes est dressée dans le ressort de chaque cour d'appel par une commission régionale d'inscription, qui peut également se transformer en commission disciplinaire, composée majoritairement de magistrats et de fonctionnaires (art. L. 822-2).

Le candidat doit être français ou ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ⁴, présenter des garanties de moralité jugées suffisantes et avoir subi avec succès les épreuves de l'examen d'aptitude aux fonctions de commissaire aux comptes, après l'accomplissement d'un stage professionnel jugé satisfaisant, d'une durée de trois ans (art. R. 822-1 s.). Mais, en fait, la profession se recrute presque exclusivement parmi les personnes titulaires du diplôme d'expertise comptable, lesquelles sont dispensées du stage et de l'examen d'aptitude (cf. les conditions posées par les articles R. 822-4 s.) ⁵. Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours devant le Haut conseil du commissariat aux comptes (art. L. 822-2).

Le commissaire inscrit peut exercer sa profession sur l'ensemble du territoire (art. R. 822-1 *in fine*). Les fonctions de commissaire peuvent être

1. A. Viandier, *op. cit.*, n° 82 ; R. Contin, *op. cit.*, n° 268. Sur l'éventuel *intuitus personae* du « mandat » du commissaire, R.M. JO déb. AN 4 mai 1998, p. 2548, *Bull. Joly* 1998, p. 621, n° 208.

2. T. com. Paris (réf.) 9 mai 1969, *Gaz. Pal.* 1969, I, 315. Comp. Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2002, p. 102 *in fine*.

3. Ch. Freyria, *Le commissariat aux comptes : mission d'intérêt public ? JCP E* 1996, I, 516.

4. Sur les conditions d'inscription des commissaires aux comptes de pays tiers, cf. art. L. 822-1-3 nouv. et R. 822-21-1 nouv.

5. Toute personne inscrite sur la liste des commissaires qui n'a pas exercé des fonctions de commissaires aux comptes pendant trois ans est tenue de suivre une formation continue particulière avant d'accepter une mission de certification (art. L. 822-4).

exercées par des personnes physiques ou par des sociétés constituées entre elles sous quelque forme que ce soit (art. L. 822-9 nouv.) ¹.

Avec la loi de 1966, les commissaires aux comptes ne pouvaient exercer que sous forme de société civile professionnelle. La loi du 1^{er} mars 1984 a permis que cette activité civile soit exercée sous forme de société commerciale. Toutefois, ces sociétés sont soumises à un régime particulier pour que soit préservé leur caractère professionnel (cf. art. L. 822-9 al. 2 s.). Depuis la loi du 31 décembre 1990, des SEL de commissaires aux comptes peuvent être constituées (*supra*, n° 10) ² et depuis la loi du 15 mai 2001, ces SEL peuvent se constituer sous forme de SAS ou de SASU (SELAS ; cf. art. 130 L. NRE).

Le titre de commissaire aux comptes est protégé (art. L. 820-2). L'usage illicite du titre, comme l'exercice illégal de la profession, est sanctionné pénalement (art. L. 820-5).

502 Organisation professionnelle ◇ La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 ³, mettant fin à l'auto-régulation de la profession a institué un **Haut conseil du commissariat aux comptes** (« H3C ») ⁴, « autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale » (art. L. 821-1, al. 1^{er}) ⁵, ayant pour mission d'assurer la *surveillance de la profession* avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (« CNCC ») ⁶ et de veiller au respect de la *déontologie* et de l'*indépendance* des commissaires. Pour l'accomplissement de cette mission, le H3C est en particulier chargé d'identifier et de promouvoir les *bonnes pratiques professionnelles*, d'émettre un avis sur les *normes d'exercice professionnel* élaborées par la CNCC avant leur homologation par arrêté ministériel ⁷.

1. V. ce texte, modifié par l'ordonnance du 8 déc. 2008, sur les conditions de détention des droits de vote par les commissaires aux comptes et sur les fonctions de direction qu'ils doivent occuper dans la société. En principe, un commissaire ne peut exercer ses fonctions qu'au sein d'une seule société de commissaires. Exceptionnellement, l'exercice simultané au sein de deux sociétés est possible, dans les conditions fixées par l'alinéa 7 du texte.

2. D. 3 août 1992, JCP 1992, III, 65657 ; F. Pasqualini, *La société en participation de commissaires aux comptes*, *Rev. dr. comptabilité* 1992-3, p. 71.

3. V. sur cette loi, les entretiens de R. Ricol, C. Neuville et M. Tudel, in *Revue de Droit des Affaires de l'Université Panthéon-Assas*, La Transparence financière, n° 1-2003.

4. www.justice.gouv.fr/h3c. Le règlement intérieur du H3C a été publié par arrêté du 24 févr. 2004 ; cf. G. Baranger, *Bull. Joly* 2004, p. 461, n° 91. V. égal. décrets des 25 et 29 nov. 2003 (organisation, fonctionnement, désignation des membres) ; D. 29 août 2008 (organisation interne, budget). Th. Granier, *Le H3C : premier bilan d'un jeune régulateur*, *Rev. sociétés* 2008, p. 747.

5. Cet article organise le financement du H3C par une contribution perçue sur chaque commissaire aux comptes et un droit fixe prélevé sur chaque rapport de certification des comptes, recouverts par la CNCC et reversés au H3C (cf. art. L. 821-5).

6. Sur les rôles respectifs du H3C et de la CNCC, J. F. Barbière, *Bull. Joly* 2004, p. 1155, n° 242.

7. L'avis est recueilli par le ministre, après consultation de l'AMF, de la Commission bancaire et de la Commission de contrôle des assurances, dès lors qu'il intéresse leurs compétences respectives (art. L. 821-2). Au 31 décembre 2008, 36 *normes d'exercice professionnel* (« NEP ») décrivant les diligences à mettre en œuvre pour aboutir à la certification des comptes avaient été homologuées, dont 7 sur les *diligences directement liées à la mission* (« DDL »).

Au niveau mondial, deux systèmes de normes dominent. L'un, américain, émane du *Financial Accounting Standards Board (FASB)*, l'organisme chargé d'édicter les US GAAP ; l'autre, international, repose sur l'*International Accounting Standard Committee (IASC)* qui élabore les normes dites IAS ou IFRS via son Conseil des normes comptables (IASB). Les deux systèmes sont de philosophie différente et une lutte d'influence est engagée entre l'Europe et les USA. Le règlement européen du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales a décidé que les entreprises APE devaient tenir et publier leurs comptes consolidés à partir de l'année 2006 selon les normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*) ¹. L'objectif de cette réforme est de disposer d'un corps unique de règles comptables applicables aux sociétés cotées dans tous les États membres afin d'améliorer la fiabilité, la comparabilité et la transparence des états financiers établis par ces sociétés.

Les **normes IFRS** s'attachent à refléter la valeur actuelle des entreprises. La notion française de « coût historique » (coût d'un bien à sa date d'acquisition) est, dans cette optique, majoritairement remplacée par la notion de « juste valeur » qui se traduit par la comptabilisation des biens à leur valeur actuelle ².

Le H3C connaît également comme **instance d'appel** des recours formés contre les décisions des commissions régionales prises en matière d'inscription et de discipline. Il est aussi chargé de définir le cadre et les orientations des **contrôles périodiques** des commissaires aux comptes, de superviser et mettre en œuvre ces contrôles et de veiller à leur bonne exécution (cf. art. L. 821-1 nouv.).

Le H3C comprend douze membres, dont seulement trois commissaires aux comptes, nommés par décret, pour six ans renouvelables. Il est présidé par un membre ou ancien membre de la Cour de cassation. Un commissaire du gouvernement siège également, mais avec voix consultative (art. L. 821-3 nouv. et L. 821-4).

La **Compagnie nationale des commissaires aux comptes** ³, qui existait antérieurement à la réforme, est un établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, chargé de représenter la profession auprès des pouvoirs publics. Elle concourt au bon exercice de la profession, à sa surveillance ainsi qu'à la défense de l'honneur et de l'indépendance de ses membres (art. L. 821-6, al. 1 et 2).

La CNCC regroupe tous les commissaires, personnes physiques et personnes morales, inscrits sur les listes régionales. Elle ne comprend pas d'assemblée mais seulement un Conseil qui élit un bureau et un président ⁴.

1. V. ord. 20 déc. 2004, *JCP E* 2005, 2. Cf. 3^e journée Gavalda, *Incidence des normes européennes sur le droit français des sociétés*, *Rev. sociétés* 2005, p. 1 ; Y. Salaün, Th. Delorme et S. Belin-Zerbib, *IFRS et droit*, *Bull. Joly* 2005, p. 449, n° 94 ; R. Ricol, *Vers une normalisation comptable internationale, condition de la transparence de l'information financière*, in *Mélanges P. Bézard*, Montchrétien, 2003, p. 137.

2. Ce nouveau référentiel a été accusé d'avoir amplifié la grave crise que l'on connaît depuis l'automne 2008.

3. www.cncc.fr/

4. Le Conseil national des commissaires aux comptes édite un Bulletin trimestriel (BCNCC) du plus grand intérêt, notamment par les décisions judiciaires inédites qu'il contient et les questions pratiques qu'il traite.

En principe, dans chaque ressort de cour d'appel existe une **compagnie régionale**, dotée de la personnalité morale, regroupant tous les commissaires aux comptes et toutes les sociétés de commissaires inscrits dans le ressort (art. L. 821-6, al. 3). Les ressources des compagnies régionales et de la Compagnie nationale sont constituées notamment par une cotisation annuelle à la charge des commissaires aux comptes (art. L. 821-6, al. 4).

En mai 2009, le nombre de commissaires aux comptes inscrits en France et Outre-Mer s'élevait à 14 460 personnes physiques et 4 400 personnes morales. La Compagnie de Paris en comptait respectivement 3 199 et 1 198 ; celle de Versailles 1 809 et 389 ; celle de Lyon 914 et 392 ; celle d'Aix-en-Provence 1085 et 270 ¹.

503 Nomination des commissaires aux comptes ◇ Les sociétés anonymes sont tenues d'avoir *au moins un commissaire aux comptes*. Elles doivent en avoir au moins deux lorsque, ayant des filiales ou des participations, elles sont astreintes à publier des comptes consolidés (art. L. 823-2 et L. 823-15) ².

Un ou plusieurs **commissaires aux comptes suppléants** ³, appelés à remplacer les titulaires en cas de refus, d'empêchement, de démission ou de décès doivent être également désignés. Les fonctions du commissaire aux comptes suppléant appelé à remplacer le titulaire prennent fin à la date d'expiration du mandat confié à ce dernier, sauf si l'empêchement n'a qu'un caractère temporaire (art. L. 823-1).

Lors de la constitution de la société, les commissaires aux comptes sont désignés par les statuts. Au cours de la vie sociale, ils sont proposés à la désignation de *l'assemblée générale* par un projet de résolution émanant du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance ; art. L. 225-228) ⁴.

1. Source : *Annuaire électronique de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes*, juin 2009.

2. Les co-commissaires se livrent ensemble à un examen contradictoire des conditions et des modalités d'établissement des comptes et ils se répartissent les diligences à mettre en œuvre (cf. NEP 100 et 700), selon les prescriptions énoncées par la norme. Il avait été précisé avant la loi de sécurité financière que les deux commissaires ne devaient appartenir ni au même cabinet, ni au même réseau, soit directement, soit par l'intermédiaire de la société dont ils seraient associés, R.M. JO déb. AN 26 juill. 1993, p. 2251.

3. J. Leblond, *Les commissaires suppléants*, RTD com. 1975, 783 ; le président d'une société de commissaire aux comptes révoquée ne peut pas être désigné en qualité de commissaire suppléant, Com. 28 janv. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 412, n° 130, J.-F. Barbière ; *Dr. sociétés*, 1992, n° 82, H. Le Nabasque.

4. Depuis la loi de sécurité financière, afin de renforcer l'indépendance des commissaires, lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le conseil d'administration doit choisir les commissaires aux comptes qu'il envisage de proposer, sans que puissent prendre part au vote le directeur général et le directeur général délégué, s'ils sont administrateurs, (art. L. 225-228). Dans ces sociétés, un rôle très important dans le choix des contrôleurs légaux est désormais joué par les comités d'audit (*infra* n° 513-1), qui font leur proposition au conseil. Dans les sociétés les plus importantes, une **procédure d'appels d'offre** est de plus en plus souvent organisée. L'AMF doit être informée des propositions de nomination ou de renouvellement des commissaires. Elle peut faire toutes observations qu'elle juge nécessaire (cf. art. L. 621-22, I C. mon.). Les actionnaires minoritaires peuvent également déposer un projet de

Si l'assemblée omettait d'élire un commissaire¹, tout actionnaire pourrait demander en référé devant le président du tribunal de commerce la désignation d'un commissaire aux comptes, le président du conseil d'administration (ou du directoire) dûment appelé. Le « mandat » ainsi conféré prend fin lorsqu'il a été pourvu par l'assemblée générale à la nomination du ou des commissaires (art. L. 823-4 ; R. 823-3).

503-1 Indépendance ◇ L'indépendance² est la première vertu exigée du commissaire aux comptes. Comme l'indique l'actuel **Code de déontologie professionnelle**³ : « *l'indépendance du commissaire aux comptes se caractérise notamment par l'exercice en toute liberté, en réalité et en apparence, des pouvoirs et des compétences qui lui sont conférés par la loi* ». Afin d'assurer cette indépendance et cette apparence d'indépendance, la loi de sécurité financière a développé les situations d'incompatibilité qui existaient déjà, sous peine de sanctions pénales (emprisonnement de six mois, amende de 7 500 €, art. L. 820-6)⁴.

– Le législateur a édicté des **incompatibilités générales** : c'est ainsi que les fonctions de commissaire sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ; avec tout emploi salarié (sauf l'enseignement ou un emploi chez un expert-comptable ou un autre commissaire aux comptes) ; avec toute activité commerciale, exercée directement ou par personne interposée (cf. art. L. 822-10).

– En outre, des **incompatibilités spéciales** sont prévues : le commissaire ne peut être nommé dirigeant ou salarié de la personne morale qu'il contrôle (ou d'une entité du groupe au sens des I et II de l'article L. 233-3) moins de cinq années après la cessation de ses fonctions (art. L. 822-12). Réciproque-

résolution tendant à la désignation d'un commissaire aux comptes, dès lors qu'ils remplissent les conditions posées par l'art. L. 225-105, al. 2. Si le commissaire a vérifié, au cours des deux derniers exercices, les opérations d'apports ou de fusion de la société ou des sociétés du groupe, le projet de résolution sur sa désignation doit en faire état (art. L. 823-1 *in fine*).

1. En avril 2004, les actionnaires d'Eurotunnel avaient repoussé toutes les résolutions proposées par le conseil d'administration sortant, y compris celles relatives au renouvellement des commissaires aux comptes. Plutôt que de convoquer une nouvelle assemblée, ce qui aurait été long et onéreux, l'un des nouveaux administrateurs a utilisé avec succès l'article L. 225-229, actuel art. L. 823-4 (*Le Monde*, 16-17 avr. 2004). Dans le cadre d'une action en comblement du passif, l'absence de désignation d'un commissaire aux comptes a été considérée comme une faute de gestion à la charge du dirigeant, Paris, 18 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 250, n° 93, J.-F. Barbière ; BCNCC n° 110-1998, Ph. Merle.

2. D. Vidal, *Libres propos sur l'indépendance des commissaires aux comptes après la loi de sécurité financière*, in *Mélanges D. Schmidt*, *Joly* 2005, p. 475 ; J. F. Barbière, *De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace*, *Bull. Joly* 2004, p. 5, n° 1.

3. Art. 5, al. 2. Le Code de déontologie de la profession a été approuvé par un décret du 16 nov. 2005, après avis du H3C (cf. art. L. 822-16). Le Code figure dans la partie réglementaire du Code de commerce, après l'article R. 823-21.

4. V. la circulaire du ministre de la justice aux procureurs, invitant à une plus grande vigilance dans le contrôle de la profession de commissaire aux comptes et à une plus grande sévérité en cas de violation des règles professionnelles (Circ. n° Crim 04/14/G3, 14 sept. 2004, in *Dictionnaire perm. Droit des affaires*, *Bull.* 626, p. 6546).

ment, la personne qui a été dirigeant ou salarié d'une personne morale ne peut être nommée commissaire de cette personne morale moins de cinq années après la cessation de ses fonctions (cf. art. L. 822-13).

De plus, le commissaire ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne dont il est chargé de certifier les comptes (ou auprès d'une entité du groupe, cf. art. L. 822-11-I, al. 1^{er}). Le Code de déontologie définit les liens personnels, financiers et professionnels, incompatibles avec l'exercice de la mission (cf. art. 26 s. du Code) ¹.

La loi interdit désormais expressément au commissaire aux comptes de fournir à la personne qui l'a chargé de certifier ses comptes (ou aux entités du groupe) *tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission*, telles qu'elles sont définies par les normes professionnelles. En séparant nettement la certification des comptes de l'ensemble des autres prestations de services (informatique, juridique, fiscale, gestion...) le législateur a souhaité éviter la tentation d'une attitude bienveillante dans l'exercice de la mission de contrôle en contrepartie de la fourniture de services plus rémunérateurs ² !

Cette séparation, qui s'applique à tous les commissaires aux comptes, concerne surtout ceux qui exercent en **réseau** ³. La loi de sécurité financière a eu le mérite de s'attaquer à cette question délicate. D'une part, le Code de déontologie précise (art. 22 s.) les situations dans lesquelles l'indépendance du commissaire est affectée lorsqu'il appartient à un réseau pluridisciplinaire, national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun, par la fourniture de prestations de services à une personne contrôlée ou qui contrôle la personne dont les comptes sont certifiés par ledit commissaire (art. L. 822-11-I, al. 2). D'autre part, lorsqu'un commissaire est affilié à un tel réseau, il ne peut certifier les comptes d'une personne qui, en vertu d'un contrat conclu avec ce réseau ou un membre de ce réseau, bénéficie d'une prestation de services qui n'est pas directement liée à la mission du commissaire aux comptes. L'appréciation de ce lien est laissée au H3C (art. L. 822-11-II, al. 2).

Une fois que le commissaire aux comptes a accepté ses fonctions, expressément ou tacitement, sa nomination (comme la cessation de ses fonctions) doit faire l'objet de mesures de publicité, en particulier dans un journal d'annonces légales (art. R. 210-4, R. 210-9 s.), au greffe du tribunal de commerce (art. R. 123-103 s.) et au registre du commerce et des sociétés (art. R. 123-53 s.).

1. Le Code de déontologie précise également les restrictions à apporter à la détention d'intérêts financiers par les salariés et collaborateurs du commissaire (cf. art. 28 s.).

2. Aux USA dans les sociétés cotées importantes, les honoraires de conseils représentaient fréquemment entre le double et le triple des honoraires d'audit (Rapport F. Goulard, Ass. Nat., 10 avr. 2003, n° 807, p. 379).

3. Ph. Merle, *Des réseaux de commissaires aux comptes, à propos de l'avis rendu par le H3C le 29 mars 2007*, Bull. Joly 2007, p. 1131, n° 310. V. déjà, Rapport H. Nallet, *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit*, La Documentation française, 1999.

504 Sanctions des conditions de nomination ◇ Le législateur a marqué très nettement toute l'importance qu'il attache au rôle des commissaires aux comptes : sont déclarées *nulles les délibérations* prises à défaut de désignation régulière de commissaires ou sur le rapport de commissaires nommés ou restés en fonction contrairement aux dispositions légales ¹. Toutefois, l'action en nullité est éteinte si ces délibérations sont expressément confirmées par une assemblée générale sur le rapport de commissaires régulièrement désignés (art. L. 820-3-1).

Des *sanctions pénales* frappent les dirigeants qui n'auraient pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes ou ne les auraient pas convoqués aux assemblées générales (art. L. 820-4) ² ainsi que les personnes qui auraient accepté, exercé ou conservé les fonctions de commissaire malgré une incompatibilité légale (art. L. 820-6).

505 Durée et fin des fonctions ³ ◇ Les commissaires aux comptes ne peuvent assurer un contrôle efficace que s'ils connaissent bien la société et s'ils sont assurés d'une certaine stabilité. C'est pourquoi la durée de leurs fonctions a été régulièrement allongée par le législateur. Actuellement, les commissaires aux comptes sont nommés pour **six exercices**. Leurs fonctions expirent après la réunion de l'assemblée générale ordinaire qui statue sur les comptes du sixième exercice (art. L. 823-3) ⁴.

Le commissaire aux comptes nommé par l'assemblée générale en remplacement d'un autre ne demeure en fonction que jusqu'à l'expiration du mandat de son prédécesseur (art. L. 823-3, al. 2).

Les commissaires aux comptes sortants sont en principe immédiatement et indéfiniment rééligibles. Cependant, la loi de sécurité financière a instauré un mécanisme de **rotation** : lorsque le commissaire personne physique exerce sa mission dans une société dont les titres financiers sont admis à la négociation sur un marché réglementé, il lui est interdit, ainsi qu'au mem-

1. Cf. Paris, 19 oct. 1979, *Rev. sociétés* 1980, 480, J.-L. Sibon, sanctionnant la non désignation d'un second commissaire aux comptes.

2. T. corr. Paris, 2 nov. 1979, *Rev. sociétés* 1980, 796, B. Bouloc.

3. Lorsqu'une société de commissaires est absorbée dans le cadre d'une fusion, la société absorbante poursuit le mandat confié à la société absorbée. Cependant, l'A. G. de la société contrôlée peut, lors de sa première réunion suivant l'absorption, ne pas maintenir le mandat de la société absorbante, après avoir entendu le commissaire aux comptes (art. L. 823-5). Cf. Ph. Merle, *De la fusion des sociétés de commissaires aux comptes*, in *Mélanges P. Didier, Economica* 2008, p. 353.

4. En cas de fusion, le commissaire aux comptes de la SARL absorbée demandant à l'encontre de la SA absorbante l'annulation des assemblées des deux sociétés ayant décidé l'opération, à seule fin de conserver ses fonctions, n'a pas un intérêt légitime à agir, Com. 17 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 247, n° 79, P. Le Cannu ; Com. 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1053, n° 379, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1997, n° 171, D. Vidal ; BCNCC 1998, p. 51, Ph. Merle. Cf. J.-F. Barbière, *La mission du commissaire aux comptes en cas de cessation de ses fonctions en cours d'exercice social lié à un événement juridique survenant dans la société*, *Bull. Joly* 1997, p. 753, n° 282.

bre signataire d'une société de commissaires, de certifier plus de six exercices consécutifs (art. L. 822-14, al. 1^{er} nouv.) ¹.

Le non-renouvellement d'un commissaire n'a pas à être motivé. Toutefois, lorsqu'à l'expiration de ses fonctions il est proposé de ne pas le renouveler, le commissaire aux comptes doit être entendu par l'assemblée générale s'il le demande (art. L. 823-8). Il peut ainsi expliquer aux actionnaires l'origine de ses divergences avec les dirigeants.

Avant l'expiration normale de ses fonctions, le commissaire aux comptes peut démissionner, pour des motifs légitimes (art. 19 C. déontologie), à condition de ne pas exercer ce droit d'une manière préjudiciable à la société ². Exceptionnellement, il peut être relevé de ses fonctions ou récusé ³.

506 Relevé des fonctions ◇ Afin de protéger l'indépendance des commissaires aux comptes, le *relevé de ses fonctions* est soumis à des conditions strictes (art. L. 823-7) :

– Il ne peut résulter que d'une faute ou d'un empêchement. La faute doit s'entendre de la mauvaise exécution de la mission ou de son inexécution pour une cause imputable au commissaire ⁴. L'empêchement peut être juridique (incompatibilité) ou physique (maladie prolongée).

1. Cette rotation est également applicable aux personnes morales de l'art. L. 612-1 et aux associations de l'art. L. 612-4, dès lors que ces personnes font appel à la générosité publique (al. 2). Le délai de viduité est de deux ans à compter du terme de la précédente mission (art. L. 822-14, al. 3 nouv.). Cette obligation de rotation est évidemment beaucoup plus contraignante pour le commissaire exerçant à titre individuel que pour la société de commissaires, titulaire du mandat, au sein de laquelle il suffira d'organiser une rotation du signataire et de l'associé principal.

2. Nîmes, 27 mars 1973, *Rev. sociétés* 1974, 327, E. du Pontavice.

3. Le commissaire aux comptes doit bien entendu cesser immédiatement ses fonctions s'il tombe sous le coup d'une incapacité, d'une incompatibilité, ou si une sanction disciplinaire de suspension ou de radiation est prononcée contre lui. Il n'y a pas de limite d'âge à l'exercice des fonctions de commissaire aux comptes. V. cependant le contrôle exercé par l'AMF sur les candidatures aux fonctions de commissaires aux comptes, dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (art. R. 823-1 nouv.) et le rappel fait par la COB in *Bull. mensuel* n° 267, mars 1993, p. 13 ; *Bull. Joly* 1993, p. 442, n° 127 ; Y. Guyon, *Le rôle de la Commission des opérations de bourse dans l'évolution du droit des sociétés commerciales*, RTD com. 1975, p. 447, spéc. n°s 16 s.

4. Com. 6 févr. 1990, *Bull. Joly*, p. 367, n° 113, G. Lesguillier ; *Rev. sociétés* 1990, p. 433, D. Vidal ; BCNCC 1990, p. 359, E. du Pontavice (absence de vérifications complémentaires à la suite du constat d'importants écarts sur un compte fournisseur) ; Com. 22 oct. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 46, n° 10, J.-F. Barbière ; Com. 28 janv. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 412, n° 130, J.-F. Barbière ; *Dr. sociétés*, 1992, n° 82, H. Le Nabasque ; Com. 18 oct. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 56 ; BCNCC 97-1995, p. 78, Ph. Merle ; Com. 14 nov. 1995, BCNCC 101-1996, p. 99, Ph. Merle ; *Rev. sociétés* 1996, p. 279, F. et V. Pasqualini ; *Bull. Joly* 1996, p. 270, n° 95, R. Passemard et A. Aubigeon ; Com. 6 mai 2002, BCNCC 127-2002, p. 337, Ph. Merle ; *Dr. sociétés* 2002, n° 138, D. Vidal. Cf. A. Couret, *Synthèse de la jurisprudence récente concernant la révocation et la responsabilité civile des commissaires aux comptes*, Petites Affiches 9 déc. 1992.

– Il ne peut être prononcé que par l'**autorité judiciaire**, le tribunal de commerce, statuant en la forme des référés ¹, et non par l'assemblée générale des actionnaires qui pourtant avait désigné le commissaire.

L'action en révocation est largement ouverte. Elle peut être intentée par les dirigeants, l'assemblée générale, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, l'association d'actionnaires de l'article L. 225-120, le comité d'entreprise, le ministère public, et, si la société fait publiquement appel à l'épargne, l'AMF (art. L. 823-7).

507 Récusation ◇ Le commissaire aux comptes peut faire l'objet d'une *récusation* s'il est soupçonné de manquer de compétence ou d'impartialité. Cette mesure, qui porte atteinte à la souveraineté de l'assemblée qui a désigné le commissaire, est également soumise à des conditions strictes (art. L. 823-6 ; R. 823-5) ².

– La récusation ne peut être prononcée que *pour juste motif*. C'est-à-dire qu'il faut rapporter la preuve de circonstances tenant à la personne du commissaire, permettant de suspecter sérieusement sa compétence, son honorabilité ou son indépendance ³.

– La demande de récusation du commissaire doit être présentée dans les trente jours de sa désignation, ce qui est un délai trop bref, devant le tribunal de commerce statuant en la forme des référés. Elle peut émaner d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, d'une association d'actionnaires de l'article L. 225-120, du comité d'entreprise, du ministère public, ou de l'AMF lorsque la société a ses titres admis aux négociations sur un marché réglementé.

S'il est fait droit à la demande, un nouveau commissaire aux comptes est désigné en justice. Celui-ci demeure alors en fonctions jusqu'à l'entrée en fonctions d'un nouveau commissaire désigné par l'assemblée (art. L. 823-6, al. 3 nouv.).

508 Conséquences de la cessation des fonctions ◇ Pendant les cinq années qui suivent la cessation de leurs fonctions, les commissaires aux comptes (et les signataires d'une société de commissaires) ne peuvent être nommés dirigeants ou salariés de la société qu'ils contrôlaient ou des sociétés du groupe (cf. art. L. 822-12). La violation de ces interdictions

1. Sur le tribunal territorialement compétent, Com. 24 mars 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 764, n° 248, J.-F. Barbiéri.

2. A. Viandier, *La déposition du commissaire aux comptes après la loi du 1^{er} mars 1984*, JCP E 1984, 13 573.

3. Paris, 11 juill. 1969, JCP CI 1969, 87 194, Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1969, 214, J. Hémard ; Colmar, 23 févr. 1983, *Rev. sociétés* 1983, 583, J. Guyénot.

entraînerait la nullité de la nomination aux fonctions dirigeantes et/ou la nullité du contrat de travail (art. L. 235-1, al. 2) ¹.

Cette prohibition est une garantie d'indépendance pour les commissaires aux comptes (*cf. supra*, n° 503-1).

Vis-à-vis de la société, le commissaire suppléant remplace le commissaire titulaire ². Ses fonctions prennent fin à la date d'expiration des fonctions confiées à ce dernier (art. L. 823-1, al. 3).

509 Rémunération ◇ La question des honoraires des commissaires aux comptes est toujours délicate. Il est difficile de les laisser en discuter avec les dirigeants sociaux : tout marchandage serait inconvenant. Le décret de 1969 avait donc instauré un système de *barème*. Mais certains peuvent alors avoir tendance à penser qu'un tel système ne rémunère pas suffisamment la qualité de leurs travaux, ce qui peut affaiblir leur contrôle.

Le décret du 3 juillet 1985 a abandonné le régime du barème pour un système complexe, qui laisse cependant toujours le montant des honoraires à la charge de la société (art. L. 823-18 ; art. R. 823-11 s.) ³.

Le commissaire établit par écrit un plan de mission et un programme de travail annuels décrivant les diligences qu'il estime nécessaires, et indiquant le nombre d'heures de travail affectées à l'accomplissement de ces diligences (art. R. 823-11) ⁴. Ce nombre d'heures doit en principe se situer à l'intérieur de fourchettes fixées par le décret en fonction du montant du bilan de la société (art. R. 823-12). Puis le montant de la vacation horaire est fixé d'un commun accord entre le commissaire et la société préalablement à la réalisation de la mission (art. R. 823-15, al. 1). En cas de contestation sur le montant de la rémunération, le président de la compagnie régionale doit d'abord s'efforcer de concilier les parties. S'il échoue, le litige est porté devant la chambre régionale de discipline, et sur appel devant le H3C (art. L. 823-18, al. 2 ; R. 823-18 s.) ⁵. Un ultime recours est possible. Il relève de la compétence de la Cour de cassation ⁶. Depuis quelques années, les sociétés les plus importantes mettent en place des procédures d'**appels d'offres** et le niveau des honoraires est le plus souvent évoqué devant les **comités d'audit** (*v. infra*, n° 513-1).

1. Soc. 20 oct. 1976, *BCNCC* 1976, 461, E. du Pontavice ; *RTD com.* 1977, p. 525, n° 13, R. Houin.

2. Com. 28 janv. 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 727, D. Vidal.

3. *Cf.* sur les effets du nouveau système, R.M. *JO déb.* AN 13 oct. 1986, p. 3685 ; *JCP E* 1986, 14 832.

4. Le commissaire aux comptes définit les termes et conditions de ses interventions et les consigne dans une **lettre de mission** qui doit recueillir l'accord de l'entité contrôlée (*cf.* NEP 210).

5. *V. par ex.* Com. 16 déc. 1997, *BCNCC* 1998, p. 55, Ph. Merle ; *D. aff.* 1998, p. 118, M. Boizard (distinction à opérer selon que le désaccord porte sur le montant des honoraires ou sur les modalités de leur versement) ; Paris (ord. 1^{er} Prés.) 20 juin 1988, *JCP E* 1988, II, 15292, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain (absence de pouvoir de révision du Premier président) ; Paris, 10 mars 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 289, Y.G. et Paris, 15 mars 1989, *JCP E* 1989, I, 18403 (incompétence du juge des référés, procédure spécifique) ; Versailles, 19 oct. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 57, n° 15, J.-F. Barbieri ; *BCNCC* 102-1996, p. 280, Ph. Merle ; J.-F. Barbieri, *Contentieux de la rémunération des commissaires aux comptes : problèmes de procédure*, *Bull. Joly* 1998, p. 293, n° 108.

6. Art. R. 823-20 ; *cf.* auparavant T. confl. 16 mai 1994, *RJDA* 1994, p. 816, n° 1039 ; *BCNCC* 97-1995, p. 91, Ph. Merle.

Depuis la loi de sécurité financière, dans un souci de transparence, l'information sur le montant des honoraires versés à chacun des commissaires est mise à la disposition des actionnaires, au siège de la personne contrôlée (art. L. 820-3, al. 2).

Si le commissaire appartient à un réseau pluridisciplinaire, il doit informer de son appartenance la société qui envisage de le désigner. Il doit également lui communiquer le montant global des honoraires perçus par son réseau au titre des prestations qui ne sont pas directement liées à la mission de commissaire dans les entités du groupe de la société contrôlée. Ces informations, actualisées chaque année, sont tenues à la disposition des actionnaires, en application de l'article L. 225-108 (cf. art. L. 820-3, al. 1^{er}).

§ 2. Attributions des commissaires aux comptes

510 Étendue ◇ Les commissaires aux comptes ont parmi leurs *missions traditionnelles* (A), une mission essentielle de *contrôle* sur la situation comptable et financière de la société. Mais à côté de cette mission principale se sont développées des missions d'information de plus en plus nombreuses, et de vérification de la régularité de l'ensemble de la vie sociale. À ces missions, essentiellement tournées vers le passé, s'est ajoutée une mission nouvelle avec la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises : le commissaire a un *devoir d'alerte* dès lors que la continuité de l'exploitation de la société est compromise. Le commissaire est désormais beaucoup plus un *commissaire de sociétés* qu'un commissaire aux seuls comptes ¹.

A. Les missions traditionnelles

511 La mission principale : le contrôle des comptes (audit légal) ◇ Les commissaires aux comptes sont appelés à certifier que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice (art. L. 823-9, al. 1).

Si la société établit des comptes consolidés, les commissaires certifient que les comptes consolidés sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation (art. L. 823-

1. V. sur l'inquiétante prolifération des missions particulières des commissaires et pour un recentrage sur le concept professionnel d'audit, Étude du CREDA préc., *Le commissariat aux comptes, renforcement ou dérive* ? Y. Guyon n° 379. Adde A. Viandier, *L'évolution du commissariat aux comptes in Études dédiées à R. Roblot*, LGDJ 1984, 325 ; D. Vidal, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, LGDJ 1985. *Au-delà de la certification : quel nouveau progrès pour le commissariat aux comptes* ? Colloque CREDA nov. 1991, in JCP E 1992, I, 173.

9) ¹. Dans les deux cas, les commissaires doivent justifier de leurs appréciations.

L'**image fidèle** (« *true and fair view* » des Anglo-Saxons) ² ne s'obtient que si la comptabilité satisfait aux obligations de régularité et de sincérité. La **régularité** est « la conformité aux règles et procédures en vigueur » ; la **sincérité** est « l'application de bonne foi de ces règles et procédures en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, événements et situations » ³.

Les commissaires doivent exercer leur mission conformément aux normes internationales d'audit adoptées par la Commission européenne. En l'absence de norme internationale, ils doivent se conformer aux **normes d'exercice professionnel (NEP)** homologuées par arrêté du garde des sceaux (art. L. 821-13 nouv.) ⁴.

Cette mission qui s'exerce de façon permanente ⁵ **exclut toute immixtion dans la gestion** (*infra*, n° 518). Elle implique que les commissaires vérifient les principaux documents comptables (bilan, comptes de résultats, annexes) ainsi que la sincérité des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration (ou du directoire) et dans les documents adressés aux actionnaires en cours d'exercice, et leur concordance avec les comptes annuels (art. L. 823-10).

Le contrôle des comptes ne consiste pas à refaire une comptabilité déjà tenue ou à rechercher systématiquement les redressements que peuvent appeler les comptes. Le commissaire peut se contenter de **sondages** significatifs (art. L. 823-16, 1°) ⁶.

Les commissaires portent à la connaissance des dirigeants les résultats auxquels ils parviennent. Ils indiquent les contrôles auxquels ils ont procédé, les modifications qui leur paraissent devoir être apportées dans la présentation du bilan et la tenue des comptes, les irrégularités qu'ils ont découvertes,

1. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, les comptes consolidés doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée des actionnaires (art. L. 225-100).

2. E. du Pontavice, *La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés françaises depuis la mise en harmonie de la loi sur les sociétés commerciales avec la quatrième directive*, in *Mélanges G. Flattet*, Lausanne, 1985, p. 85.

3. Cf. J. Lacombe, *Régularité et sincérité des comptes et image fidèle de l'entreprise : la quadrature du cercle ?* in Études dédiées à Roblot, LGDJ 1984, 311. Adde de façon générale, sur les principes comptables, C. de Lauzainghein, J.-L. Navarro et D. Nechelis, *Droit comptable*, Précis Dalloz 2004, n°s 234 s.

4. Une norme « allégée » (NEP 910) s'applique aux « petites entreprises » exerçant sous forme de SNC, SCS, SARL, SAS, qui ne dépassent pas à la clôture d'un exercice social deux des trois seuils suivants : 1 550 000 € pour le total de bilan ; 3 100 000 € pour le montant H. T. du chiffre d'affaires ; 50 salariés (art. L. 823-12-1 ; R. 823-12-1 nouv.).

5. V. Com. 15 janv. 2002, BCNCC 125-2002, p. 61, Ph. Merle ; Com. 19 oct. 1999, BCNCC n° 117-2000, p. 60, Ph. Merle ; RTD com. 2000, p. 119, Cl. Champaud et D. Danet ; Com. 24 oct. 2000, BCNCC n° 120-2000, p. 542, Ph. Merle ; *Rev. sociétés* 2001, p. 90, Th. Granier.

6. V. l'analyse très complète présentée par D. Vidal, *op. cit.*, n°s 269 s. ; Rennes, 27 mai 1975, *Rev. sociétés* 1976, 120, Y. Guyon.

les conclusions déduites de leurs observations sur les résultats de l'exercice, comparés à ceux du précédent (art. L. 823-16) ¹.

Le commissaire **certifie** dans son rapport général à l'assemblée annuelle que les comptes de l'exercice et les comptes consolidés sont réguliers et sincères ². Mais il peut dans son rapport général à l'assemblée des actionnaires assortir la certification de **réserves**, voire **refuser la certification** dans les cas les plus graves ³. Il doit alors préciser les motifs de ses réserves ou de son refus (art. R. 823-7), ce qui permet aux actionnaires de se prononcer en pleine connaissance de cause sur les comptes sociaux et, éventuellement, sur les comptes consolidés (art. L. 225-100).

512 *Les missions d'information* ◇ En leur qualité de technicien, les commissaires aux comptes ont de multiples obligations d'information :

- **Envers les dirigeants sociaux**, ils doivent être convoqués à la réunion du conseil d'administration (ou du directoire et du conseil de surveillance) qui examine ou arrête les comptes annuels ou intermédiaires (art. L. 823-17 ; *supra*, n° 392).

- Ils portent à la connaissance, selon le cas, de l'organe collégial chargé de l'administration ou de l'organe chargé de la direction et de l'organe de surveillance, ainsi que du comité d'audit, leur programme de travail mis en œuvre ainsi que les différents sondages auxquels ils ont procédé, les modifications qui leur paraissent devoir être apportées aux comptes ; les **irrégularités** et **inexactitudes** qu'ils auraient découvertes (art. L. 823-16 nouv.) ⁴.

- Ils peuvent également faire part de leurs observations sur les documents de gestion prévisionnelle (art. L. 232-3, al. 2).

- **À l'égard des actionnaires**, les commissaires aux comptes doivent être convoqués à toutes les assemblées (art. L. 823-17). Ils doivent signaler à la plus prochaine assemblée les irrégularités et les inexactitudes qu'ils ont relevées au cours de l'accomplissement de leur mission (art. L. 823-12, al. 1^{er}). Ils sont également tenus de présenter de nombreux rapports. À l'occasion de l'assemblée annuelle, ils doivent établir un **rapport général** dans lequel ils relatent leur mission de contrôle des comptes (art. L. 225-100, L. 823-9, *supra*, n° 511) ⁵ et indiquent certains faits marquants.

Cf. par ex. art. L. 823-12, al. 1 pour les irrégularités et inexactitudes constatées ; art. L. 232-6 en cas de modifications apportées dans la présentation des comptes

1. N. Mathey, *Les recommandations de l'article L. 225-237 du Code de commerce, A propos des relations du commissaire aux comptes avec les dirigeants sociaux*, Bull. July 2002, p. 1141, n° 246.

2. La « certification » signifie que le commissaire, ayant effectué sa mission conformément aux normes de la profession, a acquis l'assurance élevée mais non absolue que les comptes ne comportent pas d'anomalies significatives (NEP 700, § 11).

3. Lorsque les commissaires exercent leur mission dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, ils doivent informer l'AMF de tout fait ou décision justifiant leur intention de refuser la certification (art. L. 621-22, II. C. mon.).

4. Paris 28 mars 2003, BRDA n° 19 – 2003, p. 3.

5. Paris, 6 oct. 1987, *Rev. sociétés* 1988, p. 293, Y.G.

annuels ou les méthodes d'évaluation ; art. L. 233-6, al. 1 pour les prises de participation ; art. L. 233-13 pour les actions d'auto-contrôle. Les commissaires doivent également attester spécialement l'exactitude et la sincérité des informations sur les rémunérations et avantages de toute nature consentis à chacun des dirigeants des sociétés cotées (art. R. 823-7, 3°).

Les commissaires doivent également présenter un **rapport spécial** sur les conventions conclues directement ou indirectement entre la société et l'un de ses dirigeants ou actionnaires disposant de droits de vote supérieurs à 10 % (*supra*, n°s 401 et 452). Depuis la loi de sécurité financière, le commissaire aux comptes doit également présenter ses observations sur le rapport du président du conseil d'administration concernant les procédures de **contrôle interne** relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière (art. L. 225-235 ; *supra*, n° 393) ¹.

Depuis la « loi Breton » du 26 juillet 2005, ce rapport n'est plus exigé que dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (art. L. 225-235).

Lors des **assemblées extraordinaires**, les décisions concernant la plupart des opérations financières nécessitent un rapport préalable des commissaires (augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, réduction du capital...).

Lors des opérations de fusion et de scission, doivent intervenir des commissaires à la fusion et à la scission. Choisis parmi les commissaires aux comptes (ou sur une liste d'experts, art. R. 236-6 et R. 225-7), ils doivent établir un rapport écrit sur les modalités de l'opération et vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions (ou parts) des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange des droits sociaux est équitable (art. L. 236-10, L. 236-16, *infra*, n° 680). Lorsqu'une société, de quelque forme que ce soit, qui n'a pas de commissaire aux comptes, se transforme, le commissaire à la transformation doit apprécier la valeur des biens composant l'actif et les avantages particuliers. Celui-ci peut être également chargé d'établir le rapport sur la situation de la société, (art. L. 224-3 et L. 223-43 al. 3). Lorsque la société émet des obligations alors qu'elle n'a pas encore établi deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires, une vérification de l'actif et du passif doit également être opérée (*cf.* art. L. 228-39).

- **Le comité d'entreprise** peut également convoquer les commissaires aux comptes afin que lui soient données toutes les explications sur les comptes ainsi que sur la situation financière de l'entreprise (art. L. 2323-55 C. trav.).

- Plus surprenante peut paraître l'obligation faite aux commissaires de révéler au **procureur de la République** les faits délictueux dont ils ont eu connaissance (art. L. 823-12, al. 2) ². Mais le législateur a estimé que leur

1. M. Petitjean, *Le rapport du commissaire aux comptes sur le contrôle interne*, JCP E 2004, 781.

2. J.-C. Boulay, *L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux*, *Rev. sociétés* 1980, 443 ; A. Viandier, *Sur les limites de l'obligation de révélation des faits délictueux* (ex art. L. 225-240, al.), JCP 1982, I, 3094. Seul le commissaire aux comptes est tenu de cette obligation. L'expert-comptable qui prendrait l'initiative d'une révélation au Parquet, pourrait être condamné

concours était indispensable, puisque, généralement, ils sont les seuls à avoir connaissance des infractions commises à l'abri de la société.

Les faits délictueux sont ceux qui sont en rapport avec le fonctionnement de la société. L'obligation de révéler est impérative, même si la situation est régularisée par la suite, et le commissaire n'a pas à se faire juge de la gravité de l'infraction. Il faut qu'il ait eu connaissance d'une manière précise et certaine de ces faits ¹. Selon une circulaire de la Chancellerie du 23 octobre 1985, ne doivent être révélés que les faits qui sont à la fois significatifs et délibérés ².

La responsabilité du commissaire ne peut pas être engagée par sa révélation au Parquet, même si elle aboutit à un non-lieu (art. L. 823-12, al. 2) ³. En revanche, en cas de non révélation des faits délictueux, le commissaire s'expose à des sanctions pénales (5 ans de prison, 75 000 € d'amende, art. L. 820-7) ⁴ et il engage sa responsabilité civile.

Cette obligation de révélation n'a pas été facilement admise par les commissaires, et le garde des Sceaux a dû adresser plusieurs circulaires aux magistrats du Parquet (13 févr. 1978, 23 oct. 1985). Finalement, une bonne compréhension mutuelle, et le principe de l'opportunité des poursuites sagement utilisé, permettent généralement une application équilibrée du texte ⁵.

• Dans le cadre de la lutte contre le **blanchiment** des capitaux et le financement du **terrorisme**, les commissaires aux comptes doivent faire une **déclaration de soupçon** ⁶ auprès de TRACFIN ⁷ lorsqu'ils découvrent des

pour violation du secret professionnel (art. 226-13 C. pén.), cf. Crim. 17 juin 1991, *Gaz. Pal.* 10 nov. 1992, J.-P. Marchi.

1. Crim. 21 mars 1983, *BCNCC* 1983, 238, E. du Pontavice. Peu importe que le commissaire ne puisse pas définir avec précision la qualification pénale des faits qu'il a découverts, Crim. 11 sept. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 25, n° 3, J.-F. Barbière ; *BCNCC* n° 117-2000, p. 64, Ph. Merle.

2. Cf. ancienne norme 6-701 de la CNCC.

3. TGI Lyon, 22 nov. 1977, *BCNCC* 1977, 351 ; Paris, 26 juin 1984, *BCNCC* 1984, 342, E. du Pontavice.

4. Par ex. Crim. 12 janv. 1981, *D.* 1981, p. 348, J. Cosson ; *Rev. sociétés* 1981, 612, B. Boulloc ; *JCP* 1981, II, 19660, Y. Guyon ; Crim. 26 mai 1986, *BCNCC* mars 1987, n° 65, p. 82, E. du Pontavice ; Crim. 18 juin 1986, *Gaz. Pal.* 27 sept. 1986, somm., J.-P. Doucet ; Crim. 18 juin 1990, *BRDA* 15 sept. 1990, p. 12 ; Crim. 8 avr. 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 776, B. Boulloc (confirmation d'informations mensongères) ; Paris, 1^{er} juin 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 253, Y. Chaput. V. pour des hypothèses de relaxe, T. corr. Bordeaux, 19 nov. 1986, *BCNCC* 1987, n° 68, p. 466, E. du Pontavice (absence d'élément moral, prescription) ; T. corr. Nanterre, 20 mars 1987, *BCNCC* 1988, n° 69, p. 63 ; Besançon, 18 déc. 1987, *id.*, p. 68, E. du Pontavice (absence de faits significatifs et délibérés) ; Paris, 22 févr. 1988, *BCNCC* 1988, n° 71, p. 308, E. du Pontavice (rapport exigé à tort par le Parquet) ; Dijon, 27 nov. 1985, *BCNCC* 1986, 179, E. du Pontavice.

5. Cf. Ch. Goyet, *La révélation des faits délictueux (Remarques sur une politique négociée de l'action publique)*, *JCP* 1989, I, 3370 ; v. par ex. Caen 14 avr. 2000 (*aff. Union Laitière Normande*), *BCNCC* n° 118-2000, p. 202, Ph. Merle.

6. J. F. Barbière, *De la révélation des faits délictueux à la déclaration de soupçon et inversement ...*, in *Mélanges B. Boulloc*, Dalloz 2007, p. 33.

7. Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins ; <http://www.tracfin.minefi.gouv.fr/>. Cette obligation s'étend également aux personnes réalisant des contrôles et inspections auprès des commissaires aux comptes (cf. art. L. 821-13 nouv.).

opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme. Elle s'applique notamment à la fraude fiscale (cf. art. L. 823-12, al. 3 nouv. ; L. 561-1 s. C. mon.) ¹.

- La loi de modernisation de l'économie fait peser une nouvelle obligation sur les commissaires aux comptes : les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes doivent désormais publier des informations sur les **délais de paiement** de leurs fournisseurs ou de leurs clients.

Ces informations font l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes. Ce rapport est adressé par le commissaire **au ministre chargé de l'économie** s'il démontre, de façon répétée, des manquements significatifs aux prescriptions de l'article L. 441-6, al. 9 et 10 (cf. art. L. 441-6-1 nouv. ; D. 441-4 et D. 823-7-1 nouv.).

513 Les missions spéciales de contrôle ◇ Le commissaire, au-delà de sa mission générale de vérification des comptes, a des obligations spécifiques de caractère essentiellement juridique. C'est ainsi qu'il doit s'assurer que les administrateurs et les membres du conseil de surveillance sont bien titulaires des *actions* dont ils doivent être propriétaires (art. L. 225-26 et L. 225-73 ; *supra*, n° 375 et n° 447) ; que les modifications statutaires ont bien été opérées régulièrement. Il a également la tâche délicate de s'assurer que le principe **d'égalité entre actionnaires** ² est respecté (art. L. 823-11, par ex. pour la répartition des dividendes, le droit de vote...) ³. Il doit également intervenir si les dirigeants, par négligence ou volontairement, ne réunissent

1. Cette réglementation nouvelle résulte de l'ordonnance du 30 janvier 2009 qui a transposé en droit interne les dispositions de la troisième directive européenne anti-blanchiment du 26 oct. 2005. Cf. les commentaires de Ch. Cutajar, D. 2009, p. 821 ; BRDA n° 3-2009.

2. Cf. Y. de Cordt, *L'égalité entre actionnaires*, préf. G. Hosmans, Bruylant 2004 ; J.-M. Moulin, *Le principe d'égalité dans les sociétés anonymes*, Thèse dactyl. Paris, V, 1999. *L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ?* Entretiens de Nanterre, 1994, Ph. Bissara, P. Didier, Ph. Misserey, in JCP E n° 5-1994, p. 18. J. Mestre, *L'égalité en droit des sociétés* (aspects de droit privé), Rev. sociétés 1989, 399 ; M. Germain, *Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées*, in Mélanges P. Didier, *Economica* 2008, p. 189 ; S. Schiller, *L'égalité en droit des sociétés*, in *Archives de philosophie du droit*, T. 51, *L'égalité*, Dalloz 2008, p. 119. V. sur le contrôle du Conseil constitutionnel, Décisions 16 janv. 1982, Rev. sociétés 1982, 132, J.G., « Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais qu'il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi » ; 7 janv. 1988, Rev. sociétés 1988, 229, Y. Guyon ; RTD com. 1988, p. 450, n° 1, Y. Reinhard (composition des conseils d'administration des caisses régionales de crédit agricole après la mutualisation de la Caisse nationale). Rappr. sur le principe d'égalité entre sociétés reconnu par le Conseil constitutionnel, Décision 4 juill. 1989, D. 1990, p. 209, F. Luchaire ; Rev. sociétés 1990, 27, Y. Guyon (L. 10 juill. 1989 portant « dénouage » des sociétés privatisées ; sur cette loi, cf. E. Boulenger, Rev. dr. bancaire 1989, p. 188).

3. Paris 21 févr. 2003, Bull. Joly 2004, p. 179, n° 28 et p. 262, n° 44 S. Sylvestre (promesse de rachat portant atteinte à l'égalité) ; Paris, 26 mai 1976, précité, BCNCC 1976, 175. Sur la rupture d'égalité entre actionnaires qui pourrait être provoquée par une rémunération excessive des dirigeants, cf. R.M. JO déb. AN 21 mars 1983, p. 1380 ; Rev. sociétés 1983, p. 445.

pas l'assemblée générale des actionnaires (art. L. 225-103-II, 1^{er}). Après avoir vainement requis le conseil d'administration (ou le directoire) de convoquer l'assemblée, il la convoque lui-même et fixe l'ordre du jour (art. R. 225-162, al. 1 et 2). Il devra exposer les motifs de la convocation dans un rapport lu lors de la réunion (*id.*)¹.

En cas de pluralité de commissaires aux comptes, ceux-ci doivent agir d'accord entre eux. S'ils sont en désaccord sur l'opportunité de convoquer l'assemblée, l'un d'eux peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé, l'autorisation de procéder à cette convocation. Le président fixe l'ordre du jour dans une ordonnance qui n'est pas susceptible de recours (al. 3).

Ces missions spéciales montrent bien l'étendue de la mission du commissaire : il doit contrôler la régularité de l'ensemble de la vie sociale.

513-1 Comité d'audit² ◇ Le rapport Viénot I dans le cadre des réflexions sur le gouvernement d'entreprise (*supra*, n° 248) avait souhaité que se développent dans les sociétés cotées des comités d'audit (ou comités des comptes)³. Ce souhait a été entendu puisque toutes les sociétés du CAC 40 et du SBF 120 se sont dotées volontairement d'un tel comité.

L'ordonnance du 8 décembre 2008 transposant la directive du 17 mai 2006 est venue réglementer les comités d'audit qui doivent être instaurés dans les entités dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé. Agissant sous la responsabilité exclusive et collective des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, ils doivent assurer le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières (cf. art. L. 823-19 et 823-20 nouv.)⁴.

La composition du comité doit être fixée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la société contrôlée. Il ne peut comprendre que des

1. Paris, 22 févr. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, I, 359, concl. Ecoutin, *Rev. sociétés* 1980, 489, Y. Guyon.

2. Avant l'ordonnance du 8 déc. 2008, cf. C. de Ganay d'Indy et L. Engel, *Les comités d'audit*, *Bull. Joly* 2003, p. 723, n° 159.

3. Rapport Viénot I, p. 21.

4. Ces deux articles fixent le champ d'application de ces « comités spécialisés », dénomination retenue par l'ordonnance. Il concerne les entités d'intérêt public (« EIP ») qui sont qualifiées ainsi dans le langage communautaire à raison de leur domaine d'activité, de leur taille, de leurs effectifs ou dont le statut juridique fait qu'elles possèdent un large éventail d'actionnaires.

Sont des EIP, selon l'article 2 de la directive audit, les entités régies par le droit d'un État membre dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 14), de la directive 2004/39/CE, les établissements de crédit tels que définis à l'article 1^{er}, point 1), de la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et les entreprises d'assurance au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 91/674/CEE. Les États membres peuvent également désigner d'autres entités comme entités d'intérêt public, par exemple celles qui sont significatives en raison de la nature de leurs activités, de leur taille ou du nombre de leurs employés.

membres de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance en fonction dans la société, à l'exclusion de ceux exerçant des fonctions de direction. Un membre au moins du comité doit présenter des compétences particulières en matière financière ou comptable et être indépendant.

Le comité est notamment chargé d'**assurer le suivi** du processus d'élaboration de l'information financière, de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, du contrôle légal des comptes annuels et consolidés, de l'indépendance des commissaires aux comptes. Il émet également une recommandation sur les commissaires proposés à la désignation par l'assemblée ou l'organe exerçant une fonction analogue. Il rend compte régulièrement au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de l'exercice de sa mission et il l'informe sans délai de toute difficulté rencontrée ¹.

Lorsqu'ils interviennent auprès de sociétés dotées d'un comité d'audit, les commissaires aux comptes doivent examiner avec lui les risques d'atteinte à leur indépendance et les mesures de sauvegarde prises pour atténuer ces risques et l'informer des faiblesses significatives du contrôle interne (cf. art. L. 821-16 nouv.).

B. La mission d'alerte

514 Le devoir d'alerte ² ◇ La loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises a mis en place un dispositif d'alerte visant à attirer l'attention des dirigeants sociaux, en cas d'évolution préoccupante de la situation de l'entreprise, sur la nécessité dans laquelle ils sont de prendre des mesures en vue de redresser cette situation. Cette alerte peut être le fait du comité d'entreprise, d'associés minoritaires ou du président du tribunal de commerce. Mais la mise en œuvre de cette procédure incombe principalement au commissaire aux comptes ³ dont le rôle, ainsi que celui du président du tribunal de commerce, a été renforcé par la loi du 10 juin 1994 ⁴. Il a un véritable *devoir d'alerte* : sa responsabilité civile pourrait être mise en jeu du fait de son abstention ou de son retard dans le déclenchement de la procédure, alors qu'elle ne peut pas être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles il procède à cette occasion (art. L. 822-17 al. 2) ⁵.

L'alerte doit être déclenchée dès lors qu'à l'occasion de l'exercice de sa mission permanente de contrôle et de surveillance le commissaire découvre des **faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation** (traduction de la notion anglo-saxonne de « *going concern* », art. L. 234-1 et R. 234-1). Cette alerte doit provoquer des mesures de redressement qui devraient

1. Ph. Merle, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, Bull. Joly 2009, p. 216, n° 43.

2. A. Godfroy, *Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte*, Thèse dactyl. Paris II, 1999.

3. B. Soinne, *La procédure d'alerte instituée par la loi du 1^{er} mars 1984 et la mission du commissaire aux comptes*, JCP E 1985, II, 14653.

4. Ph. Merle, *La procédure d'alerte*, Informations et Débats, Bulletin de la CRCC de Versailles, n° 36-1996, p. 11.

5. A. Lienhard, *La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte*, Rev. Proc. coll. 1996, p. 1. Le déclenchement à tort d'une procédure d'alerte n'engage pas la responsabilité du commissaire aux comptes, Com. 3 déc. 1991, Bull. Joly 1992, p. 171, n° 48, J.-F. Barbière ; Dr. sociétés, 1992, n° 24, Th. Bonneau.

permettre d'éviter la cessation des paiements de la société. Mais, ce faisant, le commissaire aux comptes doit bien prendre garde de ne pas s'immiscer dans la gestion, ce qui lui est formellement interdit (art. L. 823-10, al. 1^{er} ; *infra*, n° 518).

La procédure est lourde ¹. Elle se déroule en plusieurs étapes (art. L. 234-1 modifié par L. 26 juillet 2005). Le commissaire commence par informer le président du conseil d'administration (ou du directoire) des faits qu'il a découverts.

À défaut de réponse sous quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire invite, par un écrit dont la copie est transmise au président du tribunal de commerce, le président du conseil d'administration (ou le directoire) à faire délibérer le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) sur les faits révélés. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance et la délibération du conseil est communiquée au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Cette information donnée au président du tribunal de commerce fait perdre à la procédure son caractère purement interne.

En cas d'inobservation de ces dispositions ou si le commissaire constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale est convoquée dans les conditions et délais fixés par l'article R. 234-3. Le commissaire établit un rapport spécial qui est présenté à cette assemblée. Ce rapport est aussi communiqué au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.

Si, à l'issue de l'assemblée, le commissaire constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats.

La pratique montre que le mécanisme d'alerte s'arrête souvent au premier ou au deuxième stade : la mise en garde solennelle faite par le commissaire aux comptes au président, l'information donnée au conseil d'administration suffisent généralement pour que les dirigeants prennent mieux conscience de la gravité de la situation de l'entreprise, et tentent des mesures de redressement. L'information, désormais plus largement communiquée au président du tribunal de commerce, peut également permettre à celui-ci de mettre en œuvre rapidement, le cas échéant à la demande des dirigeants de la société en difficulté, des mesures de prévention, de sauvegarde ou de redressement.

§ 3. Conditions d'exercice de la mission des commissaires

515 Prérogatives ◇ Pour pouvoir exercer dans les meilleures conditions leurs différentes tâches, les commissaires aux comptes sont dotés par la loi d'un droit d'information, et d'importants pouvoirs d'investigation.

1. Elle ne s'applique pas lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été engagée par les dirigeants (art. L. 234-4).

- 516 Droit d'information** ◇ Les commissaires sont convoqués aux réunions du conseil d'administration (ou du directoire et du conseil de surveillance) qui examinent ou arrêtent les comptes annuels ou intermédiaires ainsi qu'à toutes les assemblées générales d'actionnaires (art. L. 823-17 et R. 823-9). La présence des commissaires permet de développer un esprit de collaboration avec les dirigeants sociaux.

En outre, les dirigeants doivent tenir à la disposition des commissaires ou leur communiquer de très nombreux documents sur la situation de la société : comptes annuels et rapport de gestion (art. R. 232-1, al. 1) ; documents de gestion prévisionnelle et rapports analysant ces documents (art. L. 232-3). De plus, leur sont adressés le rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion de l'article L. 225-231 (*infra*, n° 524), les réponses des dirigeants aux questions écrites des actionnaires sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (art. L. 225-232), les demandes d'explication du comité d'entreprise en cas d'évolution préoccupante de la société, et les réponses fournies à ces demandes (art. L. 234-3).

Ce droit d'information des commissaires aux comptes, qui a des aspects multiples, serait cependant insuffisant s'il n'était pas complété par un pouvoir d'investigation.

- 517 Pouvoir d'investigation** ◇ Ce pouvoir d'investigation que les statuts de la société ne pourraient pas restreindre, car il a un caractère **d'ordre public**, peut s'exercer dans trois directions :

- **Après de la société contrôlée** tout d'abord, les commissaires ont un pouvoir très étendu ¹ ; à toute époque de l'année, ensemble ou séparément, les commissaires peuvent opérer toutes vérifications et tous contrôles qu'ils jugent opportuns. Afin de ne pas entraver la bonne marche de l'entreprise leur droit de communication doit certes s'exercer sur place ², mais il est général, et les commissaires peuvent se faire communiquer toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission (contrats, livres, documents comptables, registres de procès-verbaux... ; art. L. 823-13).

Les dirigeants sociaux qui feraient obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires ou qui leur refuseraient la communication de documents s'exposeraient à des sanctions pénales pour **entrave** (art. L. 820-4, 2°) ³.

Pour l'accomplissement de leurs contrôles, les commissaires peuvent, sous leur responsabilité, se faire assister ou représenter par tels experts ou collaborateurs de

1. Soc. 24 mars 1988, BCNCC 1988, n° 72, p. 476, E. du Pontavice.

2. Le droit de communication sur place emporte droit de prendre copie, R.M. JO déb. AN 13 nov. 1979, p. 9902 ; *Rev. sociétés* 1980, 176.

3. Sur le délit d'entrave, cf. par ex. Crim. 11 mai 1981, D. 1982, p. 653, B. Bouloc ; Crim. 29 janv. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 764, n° 246, J.-F. Barbière ; Crim. 8 juin 1993, BCNCC 1994, p. 103, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 1993, p. 906, n° 263, J.-F. Barbière ; *Rev. sociétés* 1993, p. 860, B. Bouloc ; Paris 24 sept. 2008, BCNCC n° 152, p. 670, Ph. Merle (attribution de dommages-intérêts au commissaire).

leur choix, qu'ils font connaître nommément à la société. Ceux-ci ont les mêmes droits d'investigation que les commissaires (art. L. 823-13, al. 2).

- Les commissaires disposent également d'un pouvoir d'investigation **auprès des sociétés du même groupe** (art. L. 823-14). Cette extension garantit un contrôle efficace permettant de déjouer les fraudes pouvant se réaliser sous le couvert du groupe.

Les investigations peuvent être menées aussi bien auprès de la société-mère que des sociétés filiales au sens de l'article L. 233-3 (*infra*, n° 643). En cas d'établissement de comptes consolidés, les commissaires peuvent procéder à des investigations dans toutes les entreprises comprises dans la consolidation (art. L. 823-14).

- Enfin les commissaires peuvent également recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission **auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société** (art. L. 823-14, al. 2).

Cette disposition vise les auxiliaires ou mandataires de la société, tels que banque, prestataire de service d'investissement, notaire, mais non ses clients ou fournisseurs qui n'agissent pas « pour le compte de la société »¹. Les commissaires ne peuvent pas consulter directement les documents, sauf autorisation donnée par le président du tribunal de commerce statuant en référé (art. R. 823-4). Ils ne peuvent que poser des questions, mais les tiers ne peuvent pas leur opposer le secret professionnel, sauf s'ils sont auxiliaires de justice (art. L. 823-14 *in fine*). Il y a là une très sérieuse atteinte au traditionnel principe du secret des affaires.

518 Obligations ◇ En contrepartie de ces prérogatives, les commissaires ont des obligations tout aussi importantes. L'exercice de leur mission exige une **intervention personnelle**. Même s'ils peuvent se faire aider dans leur tâche, ils restent toujours responsables.

Leur mission est **permanente** (art. L. 823-10 al. 1^{er}). Ils ne peuvent pas se contenter d'une intervention isolée au moment du contrôle des comptes ; ils sont tenus d'exercer leurs fonctions tout au long de l'exercice par des vérifications répétées. Leurs diligences ont été précisées dans un nouveau **Code de déontologie**, approuvé par décret du 16 novembre 2005, après avis du H3C (*cf.* art. L. 822-16)².

1. R.M. *JO déb. Sénat* 15 oct. 1975, p. 2904 ; *Rev. sociétés* 1976, 205.

2. Le Code de déontologie a été déclaré conforme au droit communautaire et au droit national par un arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2006. Cependant, cet arrêt a annulé le décret portant approbation du Code en tant qu'il ne prévoyait pas de mesures transitoires relatives aux mandats des commissaires aux comptes en cours à la date de son entrée en vigueur, CE, assemblée contentieuse, 24 mars 2006, *Bull. CNCC* n° 141-2006, p. 111, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 2006, n° 157, p. 711, note J. F. Barbiéri ; concl. Y. Aguila. Un décret du 24 avr. 2006 a donc accordé aux commissaires aux comptes un délai expirant le 1^{er} juill. 2006 pour qu'ils se mettent en conformité avec le nouveau Code. De nouvelles modifications ont été apportées au Code par un décret du 2 juillet 2008.

Lorsque le commissaire aux comptes se trouve exposé à des situations à risque, il doit prendre immédiatement les **mesures de sauvegarde** appropriées. En cas de doute sérieux ou de difficulté d'interprétation, il doit saisir pour avis le H3C (art. 12 C. déontologie).

Les commissaires, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au **secret professionnel** en raison de tous les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions (art. L. 822-15) ¹.

Bien entendu cette obligation ne s'impose pas lorsque le commissaire est tenu de donner une information au procureur de la République, à TRACFIN, au président du tribunal de commerce, à l'AMF (art. L. 621-22, V C. mon.), aux actionnaires ou au comité d'entreprise ².

Enfin, **interdiction est faite aux commissaires de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise** (art. L. 823-10, al. 1^{er}) ³. Il ne fait pas de doute que la mission principale des commissaires, mission de contrôle des comptes, est totalement distincte de la gestion de la société ou du contrôle de cette gestion. De même, lorsqu'un commissaire est conduit à révéler un acte délictueux, tel un abus de biens sociaux, il porte certes une appréciation sur un acte de gestion ; il n'apprécie cependant pas son opportunité, ce qu'il n'a pas à faire, mais son caractère éventuellement illicite.

En revanche, la mission des commissaires, consistant à mettre en œuvre la procédure d'alerte, peut le conduire non loin d'une immixtion dans la gestion. En tout cas lorsque le commissaire a relevé des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il doit déclencher la procédure d'alerte mais se garder de décider à la place des dirigeants des mesures à prendre ⁴.

518-1 **Contrôle des commissaires aux comptes** ◇ La loi de sécurité financière a renforcé les inspections et les contrôles auxquels sont soumis les commissaires aux comptes dans leur activité professionnelle :

1. Ph. Merle, *Le secret professionnel du commissaire aux comptes*, Informations et Débats, Bull. CRCC Versailles, avr. 1994 ; J.-F. Barbiéri, *De quelques aspects du secret professionnel des commissaires aux comptes*, Bull. Joly 1997, p. 935, n° 340 ; B. Bouloc, *Le secret professionnel du commissaire aux comptes*, Rev. sociétés 2008, p. 291. Le secret professionnel s'impose également aux commissaires aux comptes qui procèdent à une revue indépendante ou contribuent au dispositif de contrôle de qualité interne (art. L. 822-15, in fine nouv.).

2. Le secret professionnel ne peut pas être opposé par le commissaire aux comptes lorsque sa responsabilité civile est engagée dans un procès au fond et même, ce qui est contestable, dans le cadre d'une expertise in futurum (art. 145 NCPC) pouvant déboucher sur sa mise en cause, Com. 14 nov. 1995, BCNCC n° 100-1995 (2 arrêts) p. 510, Ph. Merle ; Bull. Joly 1996, p. 37, n° 7 ; p. 38, n° 8 ; A. Couret, id., p. 7, n° 1 ; Dr. sociétés 1996, n° 4, Th. Bonneau ; Rev. sociétés 1996, p. 286, Th. Granier, Quot. jur. 13 déc. 1995, p. 3, P.M.

3. E. du Pontavice, *Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits*, Rev. sociétés 1973, p. 599 ; D. Vidal, *L'intervention du commissaire aux comptes dans la gestion de l'entreprise sociale qu'il contrôle*, in Mélanges A. Honorat, éd. Frison-Roche 2000.

4. Cf. D. Vidal, op. cit. n°s 168 et s.

– **des inspections** diligentées par le ministre de la justice, qui peut demander le concours de l'AMF, de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, de la Commission bancaire ou de la Commission de contrôle des assurances. L'AMF peut également faire diligenter elle-même toute inspection d'un commissaire exerçant sa mission dans une société dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé (cf. art. L. 821-7 a et L. 821-8 nouv.) ;

– **des contrôles périodiques** organisés dans les conditions et selon les modalités définies par le H3C et effectués par un **corps de contrôleurs** n'exerçant pas de fonctions de contrôle légal des comptes ou par la Compagnie nationale ou les compagnies régionales (cf. art. L. 821-9 nouv.).

– **des contrôles occasionnels** décidés et effectués également par la Compagnie nationale, les compagnies régionales ou effectués à la demande du H3C (art. L. 821-7 c nouv. et L. 821-9, al. 1^{er} nouv.) ¹.

Les commissaires sont tenus de fournir tous les renseignements et documents qui leur sont demandés à l'occasion de ces inspections et contrôles sans pouvoir opposer leur secret professionnel (art. L. 821-12).

Lorsque des faits d'une particulière gravité apparaissent de nature à justifier des sanctions pénales ou disciplinaires, le ministre de la justice peut, dès l'engagement des poursuites, et à condition que l'urgence et l'intérêt public le justifie, prononcer la suspension provisoire d'un commissaire aux comptes, personne physique (sur les garanties offertes au commissaire, cf. art. L. 821-10).

§ 4. Responsabilités des commissaires aux comptes ²

519 Responsabilité civile ³ ◇ Les commissaires aux comptes sont responsables tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences commises dans l'exercice de leurs fonctions tant par eux-mêmes que par les experts ou collaborateurs par lesquels ils se font assister ou représenter (art. L. 822-17, al. 1, L. 823-13, al. 2) ⁴.

1. Lorsque ces différents contrôles sont relatifs à des commissaires d'entités dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou à d'organismes de placements collectifs, ils sont effectués par la Compagnie nationale avec le concours de l'AMF (art. L. 821-9, al. 2).

2. A. Robert, *Responsabilité des commissaires aux comptes*, Dalloz Référence, 2008-2009, préface Ph. Merle.

3. Ph. Merle, *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, Études juridiques CNCC, 2007 ; J. F. Barbiéri, *Responsabilité du commissaire aux comptes : la gestion du risque judiciaire*, Bull. Joly 2002, p. 1297, n° 271 ; J. F. Barbiéri, *Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes*, Bull. Joly 2004, p. 617, n° 123.

4. En cas d'exercice en société, seule la responsabilité du titulaire du « mandat » de commissaire, c'est à dire la société, devrait être retenue. En ce sens, Rennes 16 sept. 2005, Bull. CNCC n° 139-2005, p. 447, Ph. Merle. La jurisprudence tend cependant à retenir la responsabilité *in solidum* des commissaires aux comptes personnes physiques (signataire technique et mandataire social) et de la société de commissaires, Paris 14 mai 2003, Bull. Joly 2003, p. 1250, n° 263, note crit. Ph. Merle. JCP E 2004, 601, n° 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker). La Cour de cassation n'a pas encore tranché la question.

Leur responsabilité est volontiers recherchée, comme celle de la plupart des professionnels qui bénéficient d'une assurance (notaires, chirurgiens, avocats...) dès lors qu'un détournement a été accompli par un employé indélicat dans une société ou qu'un repreneur est mécontent d'une acquisition qu'il a réalisée à partir de comptes sociaux certifiés, selon lui, à tort par le commissaire aux comptes ¹.

Ils sont également civilement responsables des infractions commises par les administrateurs (ou les membres du directoire) lorsque, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélées dans leur rapport à l'assemblée générale (art. L. 822-17, al. 3).

La *faute* doit être prouvée par le demandeur, car, en principe, l'obligation du commissaire aux comptes est une **obligation de moyens**. C'est la position admise par la doctrine ², les cours d'appel ³ et désormais la Cour de cassation ⁴. La faute doit s'apprécier par référence à la conduite d'un commissaire diligent et actif, placé dans la même situation. Dans leur appréciation de la faute, les juges vont désormais se référer aux normes d'exercice professionnel qui, depuis la loi de sécurité financière, sont homologuées par arrêté ministériel (art. L. 821-1).

Ce n'est qu'exceptionnellement que le commissaire a une obligation de résultat. Tel est le cas par exemple de ses vérifications concernant le respect des règles statutaires relatives aux actions des dirigeants (art. L. 225-26 et 225-73) ⁵.

Le demandeur doit également prouver le *lien de causalité* entre la faute du commissaire aux comptes et le dommage qu'il a subi ⁶. Le plus souvent le préjudice n'aura pas été seulement causé par la faute du commissaire, mais également par une faute de gestion des dirigeants ou l'indélicatesse d'un

1. V. par ex. Com. 11 févr. 2003 (aff. *Albin Michel*), BCNCC n° 130-2003, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 2003, p. 549, n° 110, J. F. Barbière.

2. Cf. par ex. E. du Pontavice, notes citées *supra* et *infra* ; A. Viandier et C. de Lauzainghein, *Droit comptable*, op. cit. n°s 136, 141.

3. Bordeaux, 7 mars 1990, *RJ com.* 1991, p. 215, Ch. Goyet ; Paris, 11 mai 1990, BCNCC, mars 1991, n° 81, p. 114, E. du Pontavice.

4. Com. 9 févr. 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 555, J. Monégier ; BCNCC 1988, n° 70, p. 197, E. du Pontavice ; Com. 6 oct. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1291, n° 417, J.-F. Barbière ; BCNCC 1993, p. 243, E. du Pontavice ; Com. 27 oct. 1992, *JCP E* 1993, II, 403, M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1993, p. 86, D. Vidal (insuffisance des contrôles) ; Com. 12 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 408, D. Vidal ; BCNCC 1993, p. 110, E. du Pontavice. Comp. auparavant Com. 17 oct. 1984, *JCP* 1985, II, 20458, A. Viandier ; *Rev. sociétés* 1985, 845, D. Vidal ; BCNCC 1985, 107, E. du Pontavice.

5. La phrase introduite par la loi Breton du 26 juill. 2005, au 3^e alinéa de l'article L. 225-235, disposant que les commissaires aux comptes « attestent spécialement l'exactitude et la sincérité des informations visées aux trois premiers alinéas de l'article L. 225-102-1 » n'avait pas été reprise à la suite d'une inadéquation par l'ordonnance du 8 sept. 2005 dans le nouvel article L. 823-10. Elle a été rétablie par la loi TEPA du 21 août 2007 (art. 17, V).

6. Com. 15 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1130, n° 334, M. Jeantin ; BCNCC 1994, p. 94, Ph. Merle. En cas d'échec dans son action, le demandeur peut bien entendu être condamné à verser des dommages-intérêts au commissaires aux comptes. V. Versailles, 23 juin 1988, BCNCC 1988, n° 72, p. 484, E. du Pontavice ; Besançon, 16 nov. 1988, BCNCC 1988, n° 73, p. 89, E. du Pontavice.

salarié de la société ¹. La jurisprudence opère alors un partage de responsabilité ² ou prononce une condamnation *in solidum* ³, ou même considère que le rapport de causalité n'est pas établi ⁴. Fréquemment, le préjudice s'analyse en une simple perte de chance ⁵.

Au cas de liquidation judiciaire de la société contrôlée, le commissaire n'encourt pas la responsabilité pour insuffisance d'actif prévue par l'article L. 651-2 en cas de faute de gestion, puisqu'il n'est ni dirigeant de droit, ni dirigeant de fait. L'action ne pourrait être intentée contre lui que s'il s'était immiscé dans la gestion ⁶.

L'action en responsabilité civile contre le commissaire aux comptes personne physique est de la *compétence du tribunal de grande instance*, puisque le commissaire n'est pas un commerçant ⁷. La prescription est de **trois ans** à compter du fait dommageable ⁸ ou de sa révélation, s'il a été dissimulé (art. L. 822-18, L. 225-254) ⁹.

Les commissaires aux comptes ont l'obligation d'être couverts par une assurance garantissant les conséquences de leur responsabilité civile (art. R. 822-70 s.). Les montants très importants de dommages et intérêts réclamés aux sociétés de commissaires aux comptes dépassent les plafonds garantis par les assureurs et risqueraient de fragiliser considérablement les professionnels en cas de condamnation. C'est pourquoi une recommandation de la Commission européenne du 5 juin 2008 préconise

1. Par ex. Com. 16 nov. 1981, *Rev. sociétés* 1982, 532, rejetant le pourvoi contre Paris, 16 oct. 1979, *Rev. sociétés* 1980, 715 ; Bordeaux, 24 mars 1986, *BCNCC* 1986, 294, E. du Pontavice, partiellement cassé par Com. 19 janv. 1988, *BCNCC* 1988, n° 70, p. 190, E. du Pontavice.

2. Com. 2 juill. 1973, *D.* 1973, p. 674, Y. Guyon ; Bordeaux, 17 oct. 1990, *BCNCC* n° 80-1990, p. 499, E. du Pontavice.

3. Paris, 24 janv. 1986, *BCNCC* 1986, 187, E. du Pontavice et sur pourvoi, Com. 9 févr. 1988, préc. (responsabilité *in solidum* du commissaire, ayant certifié régulier et sincère un bilan inexact, et des dirigeants pour le dommage causé au souscripteur d'une augmentation de capital qui s'était engagé sur la foi de ce rapport).

4. Amiens (sol.) 20 juin 1988, sur renvoi de Com. 17 oct. 1984 préc., *BCNCC* 1988, p. 317, E. du Pontavice. Sur la faute des dirigeants d'une telle gravité qu'elle absorbe celle du commissaire aux comptes et entraîne une rupture du lien de causalité, Com. 14 déc. 2004, *BCNCC* n° 136 - 2004, p. 685, Ph. Merle.

5. Com. 19 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, n° 36, p. 5, C. Ruellan ; *BCNCC* n° 117-2000, p. 58, Ph. Merle ; *RTD com.* 2000, p. 120, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris, 7 févr. 1997, *BCNCC* 1997, p. 257, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 1997, p. 445, n° 182, F. et V. Pasqualini ; Lyon, 6 nov. 1997, *BCNCC* 1997, p. 525, Ph. Merle.

6. Cf. E. du Pontavice, *Réflexions sur la mise en jeu de la responsabilité d'un commissaire aux comptes à l'occasion de la liquidation des biens de la société contrôlée*, *BCNCC* 1978, p. 193.

7. En revanche, si le commissariat est exercé sous forme de société commerciale, la compétence est celle des tribunaux de commerce.

8. « Pour les actions engagées à l'occasion de toute mission légale de contrôle », Com. 15 mai 2007, *Bull. CNCC* n° 146, p. 323, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 2007, p. 1053, n° 289, J. F. Barbieri. Sur la prescription en cas de « mission contractuelle », Paris 30 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1364, n° 285, J. F. Barbieri ; *JCP E* 2007, 1239, Y. Paclot. Cependant, lorsque la mission entre dans le cadre des diligences directement liées à la mission légale, la prescription triennale doit s'appliquer.

9. Sur la notion de dissimulation, Com. 13 févr. 2007, *Bull. CNCC* n° 145, p. 125, Ph. Merle ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 571, Th. Granier ; Com. 1^{er} juill. 2008, *Bull. CNCC* 2009, p. 209, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 2008, p. 982, n° 210, D. Vidal.

de limiter la responsabilité des auditeurs légaux. Cette recommandation n'a pas eu encore d'effet en France ¹.

520 Responsabilité pénale ² ◇ En dehors des infractions de droit commun dont ils peuvent se rendre coupables, les commissaires aux comptes sont responsables en cas d'information mensongère sur la situation de la société, (art. L. 820-7) ³, de non-révélation de faits délictueux (*id.*, *supra*, n° 512), de violation du secret professionnel (art. L. 820-5 *in fine*). Ils peuvent éventuellement être poursuivis pour complicité des délits commis par les dirigeants sociaux ⁴.

Ils peuvent l'être aussi en cas de non-respect des règles concernant les incompatibilités (art. L. 820-6) ⁵ ; de défaut d'information en cas de prises de participations significatives (art. L. 247-2 IV ; *infra*, n° 660) ou d'informations inexactes concernant la suppression du droit préférentiel de souscription (art. L. 242-20 ; *infra*, n° 559).

521 Responsabilité disciplinaire ⁶ ◇ Toute infraction aux lois, règlements et normes d'exercice professionnel homologuées par arrêté du garde des Sceaux, ainsi qu'au Code de déontologie de la profession du 16 novembre 2005 et aux bonnes pratiques identifiées par le H3C, toute négligence grave ou tout fait contraire à la probité ou à l'honneur commis par un commissaire aux comptes, même ne se rattachant pas à l'exercice de la profession, constitue une faute disciplinaire (art. R. 822-32). Les peines disciplinaires peuvent aller de l'avertissement à la radiation (*cf.* art. L. 822-8) ⁷. Elles sont prononcées par la commission régionale d'inscription constituée en cham-

1. Ph. Merle, *Vers un plafonnement de la responsabilité civile des commissaires aux comptes ? in Mélanges G. Goubeaux*, LGDJ 2009 ; A. Robert, *Vers une responsabilité limitée des commissaires aux comptes ? D.* 2008, p. 3106.

2. F. Salomon, *Les commissaires aux comptes et le droit pénal*, *Dr. sociétés* avr. 2004, p. 7 ; mai 2004, p. 6 ; Bibliographie thématique in *Rev. Sociétés* 2007, p. 933.

3. Crim. 2 avr. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 645, n° 178 (confirmation d'informations mensongères) ; Crim. 12 janv. 1981, *Rev. sociétés* 1981, 612, B. Bouloc. V. dans l'affaire *Amrep*, Crim. 2 avr. 1990, *BCNCC* 1990, p. 488, E. du Pontavice ; *Rev. sociétés* 1990, p. 461, B. Bouloc ; Crim. 8 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 710, n° 256, D. Baraderie ; *BCNCC* 1991, p. 363, E. du Pontavice ; Paris, 1^{er} avr. 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 559, Y. Guyon.

4. Pour une complicité d'escroquerie, *cf.* Crim. 31 janv. 2007, *D.* 2007, p. 1843, crit. B. Bouloc ; *Bull. CNCC* n° 146, p. 313, Ph. Merle. *Cf.* déjà E. du Pontavice, *Commissaire aux comptes, Expert-comptable et complicité des délits commis par les dirigeants sociaux*, *Rev. sociétés* 1988, p. 489 (à propos de Crim. 26 mai 1986, *BCNCC* 1987, p. 82 ; *JCP E* 1987, 15975, n° 6, J. Devèze). Sur la délicate question de la connexité, *cf.* B. Bouloc sous Crim. 17 nov. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 433.

5. Sur l'incidence d'une mesure de suspension vis-à-vis de la société, Paris, 21 janv. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 375, n° 112, J.-F. Barbière ; *Rev. sociétés* 1994, p. 112, Y. Guyon.

6. R. Salomon, *L'originalité de la responsabilité disciplinaire du commissaire aux comptes*, *Dr. sociétés* avr. 2002, p. 4, mai 2002, p. 4 ; A. Robert, *La responsabilité disciplinaire du commissaire aux comptes : cinq ans de jurisprudence*, *Dr. sociétés* mai 2009, p. 44 ; juin 2009, p. 45 ; J. Moret-Bailly, *Règles déontologiques et fautes civiles*, *D.* 2002, p. 2820.

7. Paris, 20 déc. 1985, *BCNCC* 1986, 283, E. du Pontavice.

bre de discipline (art. L. 822-6 et L. 822-7) et susceptibles d'appel devant le Haut conseil du commissariat aux comptes (cf. art. L. 821-1 *in fine* et R. 822-35 s. ; *supra*, n° 501).

521-1 Responsabilité administrative ¹ ◇ La COB avait déjà eu l'occasion de décider que devaient être sanctionnés les commissaires aux comptes intervenant dans les sociétés APE qui n'avaient pas respecté ses règlements, en particulier le règlement n° 90-02, en matière d'information du public ². L'AMF a maintenu cette solution, qui a été validée par la Cour de cassation : il résulte de la combinaison des articles L. 621-14 et L. 621-15 du Code monétaire et financier et de l'article 632-1 du règlement général de l'AMF qu'une sanction pécuniaire peut être prononcée à l'encontre de « toute personne », et donc du commissaire aux comptes, qui a porté atteinte à la bonne information du public par la communication d'une information inexacte, imprécise ou trompeuse ³. La sanction peut même frapper le commissaire aux comptes personne physique, signataire du rapport, alors que c'est la personne morale à laquelle il appartient qui est titulaire du mandat ⁴.

La possibilité d'un cumul entre sanctions administratives et sanctions pénales, admise par la Cour de cassation ⁵, fait l'objet de critiques de plus en plus vives, dans la mesure où il paraît anormal que le commissaire aux comptes puisse être condamné deux fois pour les mêmes faits. Une réforme pourrait cependant intervenir à la suite des propositions formulées dans le rapport Coulon sur *La dépenalisation de la vie des affaires* (préc., janv. 2008, p. 65).

SECTION 2. L'EXPERT DE GESTION

522 Origines ◇ L'une des dispositions les plus novatrices de la loi de 1966 ⁶ a été la possibilité offerte aux actionnaires minoritaires de demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur telle ou telle opération de gestion (art. L. 225-231) ⁷. Cette « **expertise de mino-**

1. A. Robert, *Le commissaire aux comptes devant la Commission des sanctions de l'AMF*, JCP E 2009, 1510.

2. Paris 7 mars 2000, *Bull. CNCC* n° 119, p. 354, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 2000, p. 493, n° 102, J.F. Barbiéri. En l'espèce la cour d'appel de Paris avait annulé la sanction à raison de la non-conformité de la procédure suivie par la COB aux exigences de la CEDH.

3. Com. 11 juillet 2006 (2 esp.), *Bull. CNCC* n° 143, p. 493, Ph. Merle. Cf. AMF (Com. sanctions) 28 févr. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 771, n° 165, J. F. Barbiéri.

4. Com. 11 juillet 2006 préc.

5. Crim. 1^{er} mars 2000, *Dr. Pénal* 2000, n° 75, J. H. Robert. V. égal. *infra*, n° 526.

6. N. Prod'homme, *Promotion de lege lata d'un organe de régulation : l'expertise de gestion*, RTD com. 2003, p. 639.

7. R. Contin et H. Hovasse, *L'expert de minorité dans les sociétés par actions*, D. 1971, chron. 75 ; Y. Chartier, *L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juill. 1966*, JCP 1972, I, 2507 ; J.-P. Sortais, *Rapport sur l'expertise de l'article 226*, Gaz. Pal. 1975, I, doct. 28. L. Boy, *Réflexions sur le sort de*

rité » était souvent le moyen pour ces actionnaires de se constituer des preuves avant d'intenter une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux. Après un démarrage un peu lent, comme souvent lorsqu'une innovation est introduite par le législateur, « l'expertise de l'article 226 » connut un très grand succès et donna lieu à un contentieux abondant ¹.

La loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises a étendu la procédure initialement réservée aux sociétés par actions aux sociétés à responsabilité limitée (art. L. 223-37 ; *supra*, n° 209) ² et surtout a facilité l'exercice de l'action en permettant qu'elle ne soit plus introduite par les seuls actionnaires minoritaires. L'expertise de l'article L. 225-231 n'est plus une expertise de minorité, elle est devenue une **expertise de gestion** ³, mesure d'information dans l'intérêt de l'entreprise et des tiers ⁴. La loi NRE du 15 mai 2001 a apporté des modifications substantielles à l'expertise de gestion.

523 Conditions de nomination ⁵ ◇ Si le demandeur est un actionnaire, seul ou avec d'autres, il doit représenter au moins 5 % du capital social, au lieu de 10 % auparavant ⁶. Les actionnaires peuvent se grouper sous quelque forme que ce soit pour atteindre ce minimum ⁷. Les associations d'action-

l'expertise de minorité, D. 1980, chr. 79 ; D. Bocquet, *L'expertise de minorité*, thèse dactyl. Paris, II, 1982. *Adde* bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1987, p. 338.

1. Cf. Ph. Merle et E. Chevallier-Merle, n°s 335 à 356.

2. Sur l'extension aux SAS, cf. art. L. 227-1, al. 3 et *infra* n° 595-13. Faute de texte spécifique, l'expertise de gestion ne peut pas être sollicitée dans une société coopérative, Com. 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 410, n° 81, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2005, n° 33, J. Monnet ; D. 2005, p. 218, A. Lienhard ; *RTD com.* 2005, p. 117, P. Le Cannu.

3. Y. Guyon, *Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion*, *JCP E* 1985, 14593 ; A. Brunet et M. Germain, *L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes*, *Rev. sociétés* 1985, p. 1, n°s 39 s. ; F. Pasqualini, *Brèves remarques sur l'expertise de gestion*, *JCP E* 1999, p. 1283 ; F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno, *Encore et toujours l'expertise de gestion*, *JCP E* 2000, p. 499.

4. P. Le Cannu, *Éléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion*, *Bull. Joly* 1988, p. 553.

5. Sur l'hypothèse où les juges refusent la désignation d'un administrateur provisoire, mais admettent de nommer un expert de gestion, Aix, 10 mai 1988 (*Le Provençal*) *Gaz. Pal.* 1989, I, p. 3, P. de Fontbressin.

6. Com. 12 janv. 1976, *Rev. sociétés* 1976, 330, Ph. Merle ; Paris, 16 déc. 1991 (aff. UTA), *Dr. sociétés*, 1992, n° 83, H. Le Nabasque ; *Gaz. Pal.* 9 juin 1992, concl. B. Delafaye (administrateur non actionnaire). La condition de détention s'apprécie à la date de la demande introductive d'instance, Com. 6 déc. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 792, n° 166, L. Godon ; *RTD com.* 2006, p. 141, P. Le Cannu. Les actions en nue-propriété comptent dans les 5 %, Versailles, 19 déc. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 182, n° 48, P. Le Cannu (assemblée générale extraordinaire appelée à se prononcer sur le RES soumis à expertise) ; ord. réf. T. com. Roanne, 13 sept. 1991, *RTD com.* 1992, p. 201, n° 5, Y. Reinhard.

7. En cas d'actions indivises, la demande peut être présentée par certains indivisaires seulement dès lors que l'ensemble des actions indivises représente au moins 5 % du capital, Com. 4 déc. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 205, n° 46, A. Lecourt ; *JCP E* 2008, 1280, n° 6, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; D. 2008, p. 1251, L. Godon.

naires de l'article L. 225-120 sont également recevables à agir sans avoir à détenir cette quotité (art. L. 225-231, al. 1).

Si les minoritaires n'atteignent pas ce minimum de 5 % du capital social, ils peuvent néanmoins demander la désignation d'un expert sur la base de l'article 145 du Code de procédure civile (*expertise in futurum*). Cet article 145 est volontiers utilisé lorsque les conditions de l'article L. 225-231 ne sont pas réunies ¹.

Depuis la loi NRE, la procédure de demande d'expertise de gestion par les actionnaires doit obligatoirement commencer par une question écrite posée au président du conseil d'administration ² ou au directoire. La question porte sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ³. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes. Ce n'est qu'à défaut de réponse dans le délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants que ces actionnaires pourront demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (art. L. 225-231, al. 1 et 2).

Lorsque l'actionnaire invoque le défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants aux questions écrites qu'il a posées, il appartient au juge de rechercher si les éléments de réponse fournis présentent ou non un caractère satisfaisant ⁴. Quant à l'absence de réponse, elle n'interdit pas au

1. I. Despres, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz Thèses 2004, préf. G. Wiederkehr ; J. Moury, *Expertise de gestion, la concurrence indélicate de l'article 145 du NCPC*, in *Mélanges M. Jeantin*, D. 1999, p. 297 ; L. Cadiet, *Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés*, in *Mélanges M. Jeantin*, préc. p. 151. Pour le cas où les demandeurs n'avaient pas la qualité d'associé, Com. 16 déc. 1992, (aff. *Hottinguer*), *Bull. Joly* 1993, n° 95, p. 349, M. Jeantin ; *JCP E* 1993, II, 440, Th. Bonneau ; Com. 17 mars 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 657, n° 130, Th. Massart (qualité d'actionnaire contestée). Sur le point de savoir si, depuis la loi NRE, l'expertise de gestion exclut l'expertise *in futurum*, cf. T. com. Paris 27 juin 2002 (*Vivendi Universal*) *JCP E* 2002, n° 1253, A. Viandier ; *Bull. Joly* 2002, p. 942, n° 212, A. Couret ; *Dr. sociétés* 2003, n° 2, F. G. Trébulle ; Paris 25 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 213, n° 47, A. Couret. Pour une coexistence des deux expertises (avant L. 15 mai 2001), Com. 21 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 73, n° 10, L. Godon ; Nancy 30 août 2005, *Dr. sociétés* 2006, n° 6, J. Monnet (SARL). Sur les limites de l'art. 145 CPC, cf. Paris, 16 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 294, n° 88, PLC ; Rennes, 8 juill. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 19, H. Le Nabasque. Sur l'autonomie des deux expertises, Com. 21 oct. 1997, *RTD com.* 1998, p. 171, B. Petit et Y. Reinhard ; *Dr. sociétés* 1998, n° 13, D. Vidal ; *JCP E* 1998, p. 36, Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1998, p. 82, Ph. Didier.

2. Lorsque la présidence de la SA de type classique est dissociée, il est pour le moins curieux d'interroger le président du conseil d'administration. La loi NRE aurait dû prévoir que la question devait être posée au directeur général.

3. Cette solution condamne la jurisprudence *Navigation Mixte* qui décidait que l'actionnaire d'une holding, n'étant pas actionnaire de la filiale concernée par l'opération de gestion, n'avait pas qualité pour obtenir l'expertise, Com. 14 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 189, n° 45 et p. 147, n° 34, P. Le Cannu. V. pour une première application, Versailles 23 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 204, n° 45, P. Le Cannu (actionnaire d'une société mère étrangère ; filiale française).

4. Com. 17 janv. 2006, *JCP E* 2006, 1981, D. Gibrila ; D. 2006, p. 445, A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2006, p. 570, A. Cerati-Gauthier ; *Bull. Joly* 2006, p. 624, n° 130, L. Godon.

juge de rejeter la demande d'expertise s'il établit que l'actionnaire disposait d'informations suffisantes sur les questions qu'il avait posées ¹.

Ce filtre imposé aux actionnaires, qui est destiné à réduire le nombre de demandes judiciaires intempestives ², ne l'est pas aux autres personnes admises à solliciter une telle expertise : la demande peut en effet être directement formée par le *comité d'entreprise* ³, le *ministère public* ⁴ et, dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, par l'AMF (art. L. 225-231, al. 3 nouv.).

La demande est portée devant le président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés ⁵, après que le greffier a convoqué le président du conseil d'administration ⁶ (ou du directoire) à l'audience (art. R. 225-163, al. 1 et 2) ⁷.

Le président de la juridiction consulaire apprécie s'il y a lieu de faire droit à la demande. Lorsque la demande émane d'actionnaires ou d'une association d'actionnaires, il doit préalablement s'assurer qu'il n'y a pas eu de réponse ou que les éléments de réponse ne sont pas satisfaisants. Ensuite, quelle que soit la qualité du demandeur, il doit veiller à ce que la demande d'expertise ait bien une *finalité sociale* ⁸, ou corresponde à l'intérêt du groupe si elle concerne une filiale ⁹. L'intérêt social n'exclut pas qu'il soit en corrélation avec les intérêts propres aux demandeurs ¹⁰. La demande sera donc d'autant plus facilement jugée bien fondée qu'elle sera accompagnée de présomptions suffisamment précises permettant de suspecter telle ou telle opération de gestion ¹¹.

1. Com. 11 oct. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 570, A. Cerati-Gauthier ; *Bull. Joly* 2006, p. 621, n° 129, L. Godon ; Versailles 14 févr. 2007, *BRDA* n° 10-2007, p. 4 ; sur cet arrêt, cf. D. Gibirila, *RJDA* n° 8-9-2007, p. 763.

2. Paris 12 nov. 2003, *RTD com.* 2004, p. 321, Cl. Champaud et D. Danet.

3. Com. 12 févr. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 384, n° 81, G. Auzero ; *RTD com.* 2008, p. 361, P. Le Cannu et B. Dondero. Cf. égal. M.F. Bied-Charreton, *À propos de l'expertise de gestion du comité d'entreprise*, *Dr. sociétés* janv. 1995, n° 1, p. 39.

4. T. com. Paris (réf.) 9 juin 1989, *Gaz. Pal.* 1989, II, 812, J.-P. Marchi ; *Rev. sociétés* 1990, 76, Y.G. (aff. Béghin-Say).

5. Paris, 4 mars 1994, *RTD com.* 1994, p. 517, B. Petit et Y. Reinhard.

6. Ici encore, il aurait mieux valu prévoir la convocation du directeur général de la SA de type classique plutôt que celle du président dissocier !

7. Paris (aud. sol.) 12 mars 1986, *D.* 1986, IR, 211, sur renvoi de Com. 7 déc. 1983, *Rev. sociétés* 1985, p. 427, M. d'Hérail de Brisis.

8. Com. 10 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 468, n° 161, M. Menjuq ; *Dr. sociétés* 1998, n° 66, D. Vidal ; *RTD com.* 1998, p. 348, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 370, B. Petit et Y. Reinhard ; *JCP E* 1999, p. 771, D. Gibirila. Pour un exemple d'abus dans la demande d'une expertise de gestion, Paris, 16 avr. 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 152, D. Vidal.

9. Versailles 23 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 204, n° 45, P. Le Cannu.

10. Paris, 22 juin 1978, *Rev. sociétés* 1979, 333, Y. Chartier.

11. Com. 22 mars 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 227 ; *JCP E* 1988, II, 15240, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 18 juin 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 816, n° 291 (refus pour des opérations courantes conclues à des conditions normales) ; Com. 16 juill. 1991, *RJDA* 1991, p. 788, n° 933 (refus pour absence de caractère suspect) ; Dijon, 30 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 711, n° 255 (réserves du commissaire aux comptes) ; Paris, 30 sept. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1315, n° 369, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1995, p. 287, Th. Granier (acomptes sur dividendes) ; T. com. Paris,

Sans doute la désignation d'un expert est-elle un acte grave puisqu'elle implique une intrusion de la justice dans la vie sociale, mais on ne peut ajouter au texte une condition qui n'y figure pas ¹, telle l'urgence ², et faire prévaloir une interprétation systématiquement restrictive. Aussi le président n'a-t-il pas à se faire juge des opérations de gestion critiquées et de l'évolution financière de la société, mais doit se borner à apprécier s'il y a lieu ou non de faire droit à la demande ³.

La Cour de cassation, dans un arrêt *Duquesne Purina* du 15 juillet 1987 ⁴, avait bien précisé quel était le domaine de l'expertise de gestion ainsi que le rôle du juge :

« ... la recevabilité de l'action fondée sur l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 n'est pas subordonnée à d'éventuelles actions en responsabilité contre les administrateurs ou en nullité des délibérations sociales ; la cour d'appel a donc énoncé avec raison que la prescription de telles actions, à la supposer acquise en l'espèce, n'aurait pas pour effet de priver d'intérêt la demande d'expertise ;

la recevabilité de l'action... n'est pas subordonnée à la preuve que les organes sociaux aient méconnu l'intérêt de la société et détourné leurs pouvoirs de sa finalité puisque la mesure d'information et de contrôle organisée par ce texte tend justement à l'établissement de cette preuve ; qu'il appartient cependant aux juges du fond d'apprécier le caractère sérieux de la demande ;

attendu qu'après avoir énoncé à juste titre, que l'article 226, qui organise une information complémentaire, n'impose pas que les actionnaires minoritaires aient ignoré les opérations sur lesquelles ils désirent être renseignés, la cour d'appel constate que si D. a participé à la première délibération du conseil d'administration relative à la création de la société filiale, il a cessé ensuite d'être administrateur et qu'il s'est vu refuser toute réponse à ses questions sur l'exploitation de cette société ; qu'elle en a exactement déduit que la demande de nomination d'experts devait être accueillie... ».

La Cour de cassation, depuis cette jurisprudence *Duquesne Purina*, a toutefois quelque peu réduit le domaine d'application de l'article L. 225-231, en faisant prévaloir une conception stricte de la notion d'acte de gestion ⁵.

21 juin 1988 (aff. *Compagnie du Midi*), *Bull. Joly* 1989, p. 893, n° 313, M. Jeantin (refus de désignation pour analyser des mesures anti-OPA, n'ayant pas de caractère suspect) ; Paris, 31 mars 2000, *Dr. sociétés* 2000, n° 142, D. Vidal (inopposabilité de la prétendue confidentialité d'un accord) ; Versailles 14 févr. 2007, *RJDA* 2007, p. 763, D. Gibirila (refus adressé au demandeur qui avait la qualité de directeur général à l'époque des faits litigieux).

1. G. Ripert et R. Roblot, n° 1747.

2. Rennes, 22 mai 1973, *Rev. sociétés* 1974, 349, Y. Chartier.

3. Com. 7 déc. 1983, préc. *Rev. sociétés* 1985, 427, M. d'Hérail de Brisis.

4. Com. 15 juill. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 703, n° 289, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1988, p. 75, n° 6, Y. Reinhard.

5. Cf. M. Marteau-Petit, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, thèse dactyl. Paris II, 1992 ; Com. 19 nov. 1991 (aff. *Galtier*), *Bull. Joly* 1992, p. 66, n° 15, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1992, p. 510, M. Marteau-Petit ; *JCP E* 1992, II, 259, M. Jeantin ; *Dr. sociétés*, 1992, n° 16, H. Le Nabasque (un RES n'est pas une opération de gestion au sens de L. 225-231) ; Com. 12 janv. 1993 D. 1993, p. 139, Th. Bonneau ; *JCP E* 1993, II, 415, A. Viandier ; *Bull. Joly* 1993, p. 343, n° 94, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993, p. 426, B. Saintourens, *JCP* 1993, II, 22029, Y. Guyon ; Paris, 4 sept. 1998, *Dr. sociétés* 1999, n° 60, D. Vidal ; *Bull. Joly* 1999, p. 250, n° 42, F.X. Lucas ; *RTD com.* 1998, p. 863, Cl. Champaud et D. Danet (l'apport partiel d'actif placé sous le régime de

L'expertise ne peut en effet porter que sur une ou plusieurs opérations de gestion déterminées¹. Elle ne pourrait pas avoir un caractère général et porter sur l'ensemble de la gestion de la société² ou tendre à remettre en cause la régularité et la sincérité des comptes sociaux, ce qui relève de la compétence des seuls commissaires aux comptes³.

524 Mission de l'expert ◇ S'il est fait droit à la demande, le président du tribunal détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs de l'expert (art. L. 225-231, al. 4).

L'expertise doit se dérouler comme une expertise judiciaire et avoir un caractère contradictoire⁴. Le rapport de l'expert doit être communiqué non seulement au demandeur quel qu'il soit, mais également au ministère public, au comité d'entreprise, au commissaire aux comptes, au conseil d'administration (ou au directeur et au conseil de surveillance) et, si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé à l'AMF (art. L. 225-231, al. 5 nouv. ; R. 225-163, al. 3). Il doit en outre être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité (art. L. 225-231 *in fine*).

la fusion-scission ne peut pas faire l'objet d'une expertise de gestion). V. dans le même sens, Paris, 25 févr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 519, n° 179, P. Le Cannu ; *Rev. dr. bancaire* 1991, p. 148, M. Jeantin et A. Viandier ; *Dr. sociétés*, 1991, n° 234, M. Marteau-Petit (création d'une société d'exploitation relevant de la compétence de l'assemblée générale) ; Paris, 8 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 177, n° 50 ; *Dr. sociétés*, 1992, n° 35, H. Le Nabasque (l'assemblée générale n'est pas un organe de gestion). V. déjà Com. 30 mai 1989, *JCP* 1990, II, 15811, M. Marteau-Petit (rémunération du gérant de SARL fixée par l'assemblée des associés, *supra*, n° 209).

1. Com. 10 mai 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 483, n° 157 (créances douteuses) ; Com. 5 mai 2009, *BRDA* n° 10 - 2009, p. 10 (expertise portant sur des conventions réglementées déjà approuvées) ; T. com. Créteil (réf.) 13 avr. 1988 (aff. *Buitoni*) *Bull. Joly* 1988, p. 592, n° 196 (cession de l'ensemble des actifs sociaux) ; T. com. Nanterre (réf.) 8 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1988, II, 464, J.-P. Marchi (OPA) ; Paris, 22 mars 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 391, Y. Guyon (frais professionnels du président) ; Paris, 6 sept. 1996, *Dr. sociétés* 1997, n° 3, Th. Bonneau ; Versailles, 27 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 543, n° 220, P. Le Cannu et M. Menjucq (convention de l'article 101 de la loi de 1966 - devenu L. 225-38 C. com.) ; Paris, 20 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1159, n° 355, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1998, p. 630, Y. Guyon (convention article L. 225-38 C. com., approuvée par le demandeur) ; Paris 2 juill. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 249, n° 48, A. Lecourt. (rémunération exceptionnelle d'un dirigeant).

2. Com. 14 févr. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 619, n° 128, L. Godon ; *JCP E* 2006, 2035, n° 6, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *RTD com.* 2006, p. 418, Cl. Champaud et D. Danet. V. déjà Com. 25 mars 1974, *JCP* 1974, II, 17853, Y. Chartier ; *RTD com.* 1974, p. 540, n° 13, R. Houin.

3. Com. 20 déc. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 55 ; Com. 29 nov. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 317, Y. Chartier ; Paris, 27 mai 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 783, n° 247 ; Paris, 3 mars 1995, *JCP E* 1995, I, 475, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 24 mai 2002, *Dr. sociétés* 2002, n° 198, J. Monnet.

4. N. Dedessus-le-Moustier, *Expertise de gestion et principe du contradictoire*, *Rev. sociétés* 1998, p. 45 ; R.M. JO déb. AN 7 oct. 1970, p. 4136, *JCP* 1970, IV, 21. L'expert peut procéder seul à certaines constatations dans la comptabilité et les documents remis en consultation par la société, sans qu'au cours de l'expertise ceux-ci soient communiqués aux demandeurs, Com. 26 nov. 1996, *Rev. sociétés* 1997, p. 97, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1997, n° 13, D. Vidal.

Les honoraires des experts peuvent être mis par le juge à la charge de la société (art. L. 225-231, al. 4). L'entrave à la mission des experts est pénalement sanctionnée (art. L. 820-4).

SECTION 3. L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS (AMF)

525 Origines et évolution ◇ La loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, dans le souci de rendre le dispositif de surveillance des marchés financiers plus efficace et plus lisible, a fusionné les trois autorités qui existaient jusqu'alors : la Commission des opérations de bourse (COB), le conseil des marchés financiers (CMF, *supra*, n° 274-2) et le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF). Le nouvel organe de régulation est l'**Autorité des marchés financiers** (AMF ; art. L. 621-1 s. C. mon.) qui a pour vocation d'améliorer la transparence et l'intégrité du marché ¹.

La Commission des opérations de bourse (COB) avait été créée par une ordonnance du 28 septembre 1967 ². À l'origine, l'ambition était modeste puisqu'il s'agissait simplement pour cet organisme de contrôler l'information des porteurs de valeurs mobilières et du public sur les sociétés qui faisaient publiquement appel à l'épargne et sur les valeurs émises par ces sociétés, ainsi que de veiller au bon fonctionnement des bourses de valeurs (art. 1).

Mais, débordant très rapidement ce cadre purement boursier, la COB s'était considérée comme investie d'une mission générale de moralisation du marché financier et de protection des épargnants ³ et, par étapes successives ⁴, elle avait pris une place de tout premier plan, jouant en particulier un rôle décisif dans l'élaboration du droit des sociétés, n'hésitant pas à précéder le législateur et à utiliser quelquefois des moyens peu orthodoxes ⁵.

L'AMF est une **autorité publique indépendante, dotée exceptionnellement de la personnalité morale**. Elle a pour mission, selon l'article L. 621-1 nouv. C. mon., de veiller à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres

1. www.amf-france.org.

2. *La Securities and Exchange Commission* (SEC) a été créée aux USA dès 1934, et la Commission bancaire belge en 1935.

3. V. communication COB, *Bull. mensuel* juin 1991, n° 248, p. 3 ; *Bull. Joly* 1991, p. 686, *La COB et le droit des minoritaires*.

4. V. la description de cette évolution faite par un des meilleurs connaisseurs de la COB, P. Bézard n°s 1283 s. et *id.*, *Le nouveau visage de la Commission des opérations de bourse*, *Rev. int. dr. comp.* 4-1989, p. 929.

5. Y. Guyon, *Le rôle de la Commission des opérations de bourse dans l'évolution du droit des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1975, p. 447, n° 22 ; Colloque *Les autorités boursières créatrices de droit*, ENAJ-Paris II, 1981 ; N. Decoopman, *La Commission des opérations de bourse et le droit des sociétés*, préf. B. Oppetit, *Economica* 1980.

placements offerts au public. Elle veille également, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Pour tenir compte de la mondialisation, elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international. Elle veille aussi à ce que les entreprises soumises à son contrôle mettent en œuvre les moyens adaptés pour se conformer aux codes de conduite homologués mentionnés à l'article L. 611-3-1.

L'activité des analystes financiers est également soumise à son contrôle (art. L. 621-9, II, al. 1-11 C. mon.)¹.

L'AMF comprend² un collège, une commission des sanctions et, le cas échéant, des commissions spécialisées et des commissions consultatives.

Le **collège** exerce en principe les attributions confiées à l'AMF. Il est composé de seize membres, dont son président, nommé par décret, pour cinq ans, qui n'est pas renouvelable. Le Président a qualité pour agir au nom de l'AMF devant toute juridiction (art. L. 621-2-I et II).

La **commission des sanctions** (art. L. 621-2-IV), forte de douze membres qui ne peuvent pas être membres du collège, est chargée de prononcer les sanctions mentionnées aux articles L. 621-15 et L. 621-17³.

Le collège peut donner délégation à des **commissions** spécialisées constituées en son sein et présidées par le président de l'AMF pour prendre des décisions de portée individuelle. Il peut également constituer des commissions consultatives pour préparer ses décisions (art. L. 621-2-III).

Un **commissaire du gouvernement** siège auprès de toutes les formations de l'Autorité sans voix délibérative (art. L. 621-3-I.). L'AMF dispose de services dirigés par un secrétaire général (art. L. 621-5-1). Elle bénéficie de l'autonomie financière, percevant le produit des taxes établies à l'article L. 621-5-3.

526 Attributions ◇ Pour l'exécution de ses missions, l'AMF a pris un **règlement général** homologué par arrêtés du ministre chargé de l'économie⁴. Ce règlement général détermine notamment les règles de pratique professionnelle qui s'imposent aux émetteurs faisant appel public à l'épargne, les règles relatives aux OPA, les règles de bonne conduite des professionnels... (cf. l'énumération de l'art. L. 621-7 C. mon.).

1. Paris 30 juin 2006 (*LVMH c/ Morgan Stanley*) Bull. Joly 2006, p. 1453, n° 296, D. Schmidt ; RTD com. 2006, p. 876, N. Rontchevsky ; D. 2006, p. 2241, X. Delpéch ; F. L. Simon, *Des conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile des analystes financiers*, Rev. sociétés 2004, p. 297 ; A. Couret, *Banques d'affaires, analystes financiers et conflits d'intérêts*, D. 2004, p. 335 ; J. J. Daigre, *L'analyste initié*, in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz 2006.

2. Cf. D. 21 nov. 2003 (organisation administrative, fonctionnement, sanctions, recours) ; N. Decoopman, *La mise en place de l'AMF*, JCP E 2004, 11 ; N. Rontchevsky, RTD com. 2004, 122 ; S. Thomasset-Pierre, D. 2003, p. 2951 (décret modifié par D. 14 févr. 2005).

3. Sur la nature de la Commission des sanctions, CE 4 févr. 2005, *Dr. sociétés* 2005, n° 197, Th. Bonneau.

4. Le règlement général du CMF et la plupart des règlements COB ont été abrogés et intégrés dans le règlement général de l'AMF (v. tables de concordance entre les différents textes sur le site de l'AMF). Le règlement général de l'AMF étant **très fréquemment modifié**, il est indispensable de le consulter sur le site internet de l'AMF <http://www.amf-france.org/>

L'AMF peut prendre des **décisions de portée individuelle**, comme le visa ¹ par lequel elle autorise une opération d'offre au public. Elle peut également publier des **normes générales**, comme les instructions et des recommandations, aux fins de préciser l'interprétation du règlement général (art. L. 621-6 al. 2 C. mon.).

Les **pouvoirs de surveillance** de l'AMF, directement hérités de la COB, s'effectuent grâce à des contrôles et des enquêtes. Elle peut demander à un commissaire aux comptes ² ou à un expert de procéder à toute analyse complémentaire ou vérification qui lui paraîtrait nécessaire afin de compléter ses informations (cf. art. L. 621-9-2 al. 4 C. mon.). Elle évite ainsi d'avoir à demander en justice la désignation d'un expert de gestion (art. L. 225-231).

En outre, elle dispose d'**enquêteurs habilités** qui peuvent se faire communiquer tous documents et en obtenir copie, convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations, accéder aux locaux à usage professionnel (cf. art. L. 621-10 C. mon.). Le secret professionnel ne peut être opposé aux agents de l'AMF, sauf par les auxiliaires de justice (art. L. 621-9-3 C. mon.).

Pour la recherche des infractions boursières (délits d'initiés, diffusions d'informations fausses ou trompeuses, manœuvres ayant pour objet d'enrayer le fonctionnement régulier du marché) l'AMF dispose d'un **droit de visite et de saisie** de documents, avant toute ouverture d'une information judiciaire. Le secrétaire général de l'AMF doit toutefois présenter une demande au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance (cf. art. L. 621-12 C. mon.).

En cours d'enquête, le président ou le secrétaire général de l'AMF peut demander au président du tribunal de grande instance de prendre des **mesures d'urgence**, afin d'éviter que les personnes mises en cause n'organisent leur insolvabilité (mise sous séquestre, consignation d'une somme d'argent, interdiction professionnelle temporaire, cf. art. L. 621-13 C. mon.) ³.

L'AMF est également dotée d'un **pouvoir d'injonction et de sanction pécuniaire** (cf. art. L. 621-14 et 621-15 C. mon.). Le collège peut ordonner *qu'il soit mis fin aux pratiques contraires aux dispositions législatives ou réglementaires*, lorsque ces pratiques sont de nature à porter atteinte aux droits des épargnants ou ont pour effet de fausser le fonctionnement du marché, de procurer aux intéressés un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché, de porter atteinte à l'égalité d'information ou de traitement des investisseurs ou à leurs intérêts ou faire bénéficier les émetteurs et les investisseurs des agissements d'intermédiaires contraires à

1. En 2008, l'AMF a délivré 291 visas contre 446 l'année précédente. (Rapport annuel 2008, p. 108).

2. Sur les relations entre la compagnie nationale des commissaires aux comptes et l'AMF, voir la « position commune » élaborée entre les deux institutions le 20 févr. 2006, *Bull. CNCC* n° 142-2006, p. 280.

3. TGI Paris (ord.) 9 juill. 2003, *RTD com.* 2003, 775, N. Rontchevsky.

leurs obligations professionnelles (art. L. 621-14, I C. mon.). Le président de l'AMF peut également demander en justice qu'il soit ordonné à la personne responsable de la pratique relevée de se conformer aux dispositions législatives ou réglementaires, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets (art. 621-14, II al. 1^{er})¹. Le domaine d'intervention de l'Autorité est donc très large².

La procédure de sanction débute par une enquête préalable qui relève des services de l'AMF et du collègue. L'instruction est réalisée par un rapporteur. Les sanctions sont prononcées par la **commission des sanctions**³. L'instauration de ces trois phases permet de se conformer aux exigences de la CEDH.

En 2008, 36 procédures ont été ouvertes et 40 menées à leur terme. 84 personnes ont été sanctionnées (35 personnes morales et 49 personnes physiques). Les 80 sanctions pécuniaires prononcées ont représenté un montant total de près de 25 millions d'euros, allant de 1 000 à 5 000 000 euros⁴.

En application de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier⁵, la **commission des sanctions** de l'AMF peut, après une procédure contradictoire, *prononcer elle-même une sanction pécuniaire*⁶ qui ne peut excéder 10 millions d'euros ou, lorsque des profits ont été réalisés, une sanction pécuniaire qui ne peut excéder le décuple de son montant. Elle peut également ordonner la publication de sa décision dans les journaux, publications ou supports qu'elle désigne (art. L. 621-15-III C. mon.)⁷.

L'examen des recours formés contre les décisions individuelles de l'AMF autres que celles, y compris les sanctions prononcées à leur encontre, relatives aux per-

1. La demande doit être portée devant le président du TGI de Paris qui statue en la forme des référés et dont la décision est exécutoire par provision (art. L. 621-14, II al. 2 C. mon.).

2. C. Pénichon, *Les mesures d'urgence en matière économique et financière* in *Mélanges D. Schmidt*, Joly 2005, p. 371.

3. Sur la procédure de récusation d'un membre de la Commission, cf. D. 2 sept. 2008.

4. Rapport annuel AMF 2008, p. 199.

5. Les textes applicables en cas de manquement d'une société à ses obligations d'information permettent de sanctionner « toute personne », donc les dirigeants de la société, Com. 30 mai 2007, BRDA n° 15-16-2007, p. 4 V. dans le même sens, à l'égard de commissaires aux comptes, Com. 11 juill. 2006 (2 esp.) CNCC n° 143- 2006, p. 493, Ph. Merle ; JCP E 2006, 2564, Y. Paclot et 2007, 1049, n° 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; Dr. Sociétés 2006, n° 165, Th. Bonneau.

6. Ce pouvoir de sanction qui avait déjà été donné à la COB avait fait l'objet de vives critiques lors de l'élaboration de la loi du 2 août 1989. Le Conseil constitutionnel avait toutefois estimé que l'article 9-2 (anc. art. L. 621-15 C. mon.) ne violait ni la règle *non bis in idem*, ni le principe de séparation des pouvoirs et il avait mis en avant l'indépendance de la Commission (Cons. const. 28 juill. 1989, Gaz. Pal. 1989, II, L. 400). V. également P. Bézard, art. préc. p. 948 et N. Decoopman, *Le pouvoir de sanction administrative de la COB*, Rev. dr. bancaire 1990, p. 16 ; R. Ramette, *Le pouvoir de sanction administrative de la COB*, Joly Bourse 1994, p. 365, n° 67 ; F. Stasiak, *Les cumuls de sanctions en droit boursier*, Joly Bourse 1997, p. 181.

7. Avant la loi de modernisation de l'économie, la sanction ne pouvait pas dépasser 1,5 million d'euros. Des sanctions non pécuniaires allant du blâme à l'interdiction définitive de l'exercice de tout ou partie de l'activité peuvent également frapper les professionnels (cf. art. L. 621-15-III C. mon.).

sonnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9, est de la compétence de la cour d'appel de Paris (art. L. 621-30 C. mon. ; art. 27 D. 21 nov. 2003) ¹.

L'AMF n'est ainsi pas tenue de passer par les parquets et les tribunaux pour faire respecter ses décisions. Elle est dotée, comme l'était la COB, d'une « force de frappe considérable » ² pour mettre fin aux pratiques contraires à ses règlements. La dualité de poursuites administrative et pénale, engagées dans le cadre de procédures indépendantes a été validée par la Cour de cassation au temps de la COB ³. Elle fait cependant l'objet de critiques de plus en plus nombreuses. Pour y répondre, le rapport Coulon sur *La dépenalisation de la vie des affaires* propose de confier au seul juge pénal le soin de traiter les cas d'abus de marché les plus graves, et à la Commission des sanctions de l'AMF la répression des manquements à son règlement général. Le rapport propose également que la rapidité et l'efficacité de la voie pénale soient améliorées ⁴.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation ⁵ avait eu l'occasion à plusieurs reprises de sanctionner la COB pour non-respect de la présomption d'innocence. Le texte qui avait été violé était l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui dispose que toute personne a le droit que sa cause soit entendue par un tribunal impartial qui décidera du bien-fondé de toute accusation portée contre elle, en matière pénale, matière à laquelle sont assimilées les poursuites en vue de sanctions ayant le caractère d'une punition. Ces critiques ont été prises en compte par la loi de sécurité financière qui distingue bien entre les pouvoirs du collège et ceux de la commission des sanctions ⁶.

1. Cf. G. Canivet, *Principes et modalités du contrôle juridictionnel sur les décisions individuelles de l'autorité chargée de la régulation des marchés financiers*, in *Mélanges D. Schmidt*, Joly 2005, p. 131.

2. P. Bézard, art. préc., p. 951.

3. Crim. 1^{er} mars 2000, JCP E 2001, p. 30, J.-J. Daigre ; D. aff. 2000, p. 229, A. Lienhard. Cependant, lorsque l'AMF a prononcé une sanction pécuniaire devenue définitive avant que le juge pénal ait statué définitivement sur les mêmes faits ou des faits connexes, celui-ci peut ordonner que la sanction pécuniaire s'impute sur l'amende qu'il prononce (art. L. 621-16 C. mon.). En outre, elle ne peut à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits concurremment exercer les pouvoirs de sanction qu'elle tient du Code monétaire et financier et les droits de la partie civile (art. L. 621-16-1 C. mon.).

4. Rapport préc. janv. 2008, p. 66 s.

5. Com. 18 juin 1996 (aff. *Conso*) RJDA 1996, p. 867, n° 1206 ; Com. 1^{er} déc. 1998 aff. *Oury*) JCP E 1999, p. 372, E. Garaud et p. 1434, J.-J. Daigre ; RTD com. 1999, p. 161, N. Rontchevsky ; Ass. Plén. 5 févr. (aff. *Oury*), Gaz. Pal. 25 févr. 1999, concl. M.A. Lafortune ; JCP E 1999, p. 957, E. Garaud ; Rev. sociétés 1999, p. 620, H. Le Nabasque ; RTD com. 1999, p. 467, N. Rontchevsky (principe d'impartialité violé par la participation du rapporteur au délibéré). Cf. aussi N. Rontchevsky, in *Joly Bourse* 1999, p. 129, n° 41. V. égal. Paris, 2 juill. 1999, JCP E 2000, p. 85, S. Robineau ; RJDA 1999, p. 985, n° 1216. Cf. G. Canivet, *La procédure de sanction administrative des infractions boursières à l'épreuve des garanties fondamentales*, RJDA 1996, p. 423 et *Les garanties de procédures applicables à la procédure de sanction de la COB*, D. aff. 1996, p. 63 ; F. Stasiak, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse dactyl. Nancy II, 1995 ; rapp. O. Douvreur, *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français*, LGDJ 2000, préf. C. Gavalda.

6. Rapp. CE 4 févr. 2005, D. 2005, p. 717, A. Lienhard.

Enfin, l'AMF participe à l'œuvre judiciaire. Devant les juridictions pénales ¹, elle dispose d'un quasi-monopole de fait pour le déclenchement des poursuites dans les matières financières et boursières soumises à son contrôle. Même si le droit de porter plainte ne lui a pas été reconnu, le ministère public continuera de déclencher en pratique l'action publique, comme du temps de la COB, lorsqu'il se verra transmettre un dossier par l'AMF (cf. art. L. 621-20-I al. 1^{er} C. mon.) ². La loi de sécurité financière a reconnu à l'AMF le pouvoir, nouveau par rapport à celui de la COB, d'exercer les droits de la partie civile lorsque des poursuites sont engagées pour atteintes à la transparence des marchés (cf. art. L. 621-16-1 C. mon.). Les autorités judiciaires peuvent ou doivent également demander l'avis de l'AMF pour la poursuite d'infractions très techniques (cf. art. L. 247-2 C. com.). L'Autorité peut aussi déposer en tout état de la procédure un mémoire exprimant son avis et son président peut être appelé à déposer des conclusions et à les développer oralement à l'audience des juridictions civiles, pénales ou administratives (cf. art. L. 621-20 C. mon.).

Devant les juridictions consulaires, l'AMF peut également demander la récusation pour juste motif ou le relevé des fonctions d'un commissaire aux comptes (art. L. 823-6 et L. 823-7, *supra*, n^{os} 506, 507) ou demander la nomination d'un expert de gestion (art. L. 225-231, *supra*, n^o 523). Enfin, elle peut saisir le président du tribunal de commerce, en cas de non-respect de la procédure de franchissement de seuils (art. L. 233-14, *infra*, n^o 660).

L'autorité tant morale que légale de la COB était devenue telle que son rôle préventif était essentiel : en cas de doute sur telle ou telle opération, les dirigeants sociaux, les commissaires aux comptes n'hésitaient pas à s'adresser à elle pour lui demander conseil. Et en cas de divergence quelque peu persistante, sa force de persuasion (ou son pouvoir d'intimidation) était telle que les sociétés finissaient par se ranger à ses avis... Il ne fait pas de doute que l'AMF bénéficie de ces acquis.

SECTION 4. LE MINISTÈRE PUBLIC

527 Rôle croissant du Parquet ◇ L'intervention du Ministère public devant les tribunaux de commerce est relativement récente (L. 10 juillet 1970). Mais son rôle ne cesse de grandir ³, et l'on sait la place très importante tenue par le Parquet dans les procédures collectives depuis la loi du 25 janvier 1985 ⁴, place qui a encore été renforcée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008.

1. Sur la coopération entre l'AMF et les Parquets, cf. circ. n^o crim. 04/14/G3 14 sept. 2004 in *Dict. Perm. Affaires* n^o 627-2004.

2. L. Faugérolas, in *Dictionnaire Joly Bourse et produits financiers*, préc. n^o 189.

3. R. Badinter, *Le procureur et le consul*, RJ com., 1981, 245.

4. J. Argenson et G. Toujas, *Traité théorique et pratique des procédures collectives* par B. Soinne, Litec 1987, n^{os} 308 s. ; Y. Guyon, t. II, n^{os} 1136, 1167, 1168. A. Perdriau, *La communication au*

Pour ce qui concerne le contrôle des sociétés, le Ministère public joue bien entendu un rôle essentiel dans les *actions de caractère pénal*, disposant de l'arsenal répressif contenu dans la loi de 1966. Il est souvent informé par l'AMF (*supra*, n° 526), par les plaintes d'actionnaires, de créanciers, ou les résultats d'enquêtes menées à la suite de dépôts de bilan ¹. Les commissaires aux comptes doivent également révéler au procureur les infractions qu'ils ont relevées au cours de leur mission de contrôle (*supra*, n° 512).

En dehors de toute infraction pénale, le Parquet peut agir pour protéger les minoritaires ou les salariés contre les abus dont ils pourraient être victimes. C'est ainsi qu'il peut demander la nomination d'un expert de gestion (art. L. 225-231, *supra*, n° 523), la récusation ou le relevé des fonctions d'un commissaire aux comptes (art. L. 225-230 et 225-233, *supra*, n°s 507, 508).

Le Ministère public joue également un rôle important en matière disciplinaire concernant les commissaires aux comptes (art. R. 822-35 s. ; *supra*, n° 521).

SECTION 5. LE COMITÉ D'ENTREPRISE

528 Contrôle par les salariés ◇ Si, traditionnellement, la protection des salariés est assurée par le droit du travail, le droit des sociétés est venu la renforcer de façon importante. Le législateur a en effet peu à peu doté les salariés des mêmes moyens d'information et d'action que les actionnaires ².

S'agissant de l'**information**, outre l'information fournie au comité d'entreprise quelle que soit la structure juridique de l'entreprise (art. L. 2323-7 à 11 et L. 2323-46, 50, 51 et 55 C. trav.), celui-ci reçoit, lorsque l'entreprise est exploitée sous forme de société anonyme, tous les documents relatifs aux comptes annuels, et les documents de gestion prévisionnelle (art. L. 2323-55 C. trav. ; art. L. 232-3).

Le comité d'entreprise peut également convoquer les commissaires aux comptes pour recevoir leurs explications sur les différents postes des documents communiqués, ainsi que sur la situation financière de l'entreprise (art. L. 2323-55 C. trav.) ³. La présence obligatoire de délégués du comité d'entreprise au conseil d'administration (ou au conseil de surveillance) (*supra*, n°s 392 et 447) leur permet de s'exprimer sur toutes les questions

ministère public des affaires de faillite, JCP 1986, I, 3228 ; J.-F. Renucci, *Le parquet et les faillites*, Rev. sc. crim. 1990, 235.

1. Sur la coopération entre l'AMF et les parquets, cf. Circul. n° crim. 04/14/G3 du 14 sept. 2004, in *Dict. permanent affaires*, bull. n° 627.

2. A. Brunet et M. Germain, art. préc., Rev. sociétés 1985, p. 1.

3. Cf. égal. R. Weyl, *Sur les expertises comptables demandées par les comités d'entreprise* (art. 434-6 C. trav.) et les orientations du conseil de l'ordre des experts-comptables, Gaz. Pal. 1989, I, doc. p. 201 ; Soc. 8 janv. 1997, Bull. Joly 1997, p. 336, n° 135, J.-J. Barbière (étendue de la mission de l'expert-comptable) ; Com. 30 avr. 1997, Dr. sociétés 1997, n° 130, D. Vidal.

inscrites à l'ordre du jour et de soumettre les vœux du comité (art. L. 2323-63 C. trav.).

En ce qui concerne les **moyens d'actions** dont dispose le comité d'entreprise, la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises, les a considérablement renforcés. C'est ainsi que les salariés, par l'intermédiaire du comité d'entreprise, peuvent demander en justice la récusation ou le relevé des fonctions d'un commissaire aux comptes (art. L. 225-230 al. 1, L. 225-233, *supra*, n^{os} 506, 507). Ils peuvent aussi demander la désignation d'un expert de gestion (art. L. 225-231 *supra*, n^o 523). Enfin, la **procédure d'alerte** est ouverte au comité d'entreprise, puisque lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ¹, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications (art. L. 2323-78 à 82 C. trav.) ².

La loi relative aux nouvelles réglementations économiques du 15 mai 2001 (art. 99) a accordé de nouvelles prérogatives très importantes au comité d'entreprise ³. Désormais, celui-ci peut en effet demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale en cas d'urgence (art. L. 2323-67 C. trav. ; *supra*, n^o 461) ; requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des A. G. (al. 2 ; *supra*, n^o 463) ; envoyer deux de ses membres à l'assemblée, qui pourront être entendus lors des délibérations requérant l'unanimité des actionnaires (art. L. 2323-67 C. trav., *supra*, n^o 468). En matière d'offre publique, le chef d'entreprise visée par une offre doit réunir immédiatement le comité d'entreprise ou le comité de groupe et ces organismes peuvent convoquer l'auteur de l'offre (art. L. 2323-21 et L. 2323-22 C. trav. ; *infra*, n^o 650-1). Le comité d'entreprise est devenu, avec la loi NRE, un acteur important du droit des sociétés grâce à l'information dont il dispose ⁴, avant d'être appelé à jouer probablement un rôle plus grand encore, sinon dans le cadre d'une cogestion, du moins dans un mécanisme de co-surveillance.

1. Pour une acception large de cette notion, Paris 28 févr. 2008 (aff. *Snecma*) BRDA 14-2008, p. 4.

2. J. Savatier, *Le rôle de prévention du comité d'entreprise*, JCP E 1987, II, 15066, p. 616 (rapport à la journée d'étude de l'Institut de droit de l'entreprise de Poitiers,

3. B. Saintourens, *Les prérogatives du comité d'entreprise après la loi relative aux nouvelles réglementations économiques*, Bull. Joly 2002, p. 7, n^o 1 ; R. Vatinet, *De la loi sur les nouvelles réglementations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ?* Dr. social mars 2002, p. 286 ; Y. Martin-Lavigne, *La loi NRE et le fonctionnement du comité d'entreprise : une réforme inachevée*, Dr. sociétés nov. 2002, chr. 11 ; V. Médail et M. C. Agal, *Le comité d'entreprise : interlocuteur obligé de l'assemblée générale*, JCP E 2002, n^o 1840. V. égal. obs. Cl. Champaud et D. Danet, sous Soc. 27 nov. 2001, RTD com. 2002, p. 311.

4. F. Taquet, *L'amélioration des conditions d'information des comités d'entreprise*, JCP E 2001, p. 1205.

CHAPITRE 6

LES SALARIÉS

529 Place des salariés dans la société anonyme ¹ ◇ La loi du 24 juillet 1966 a été très discrète sur la place des salariés dans la société anonyme. Elle ne s'y est guère intéressée que sous l'aspect du cumul entre un contrat de travail et un mandat social, en permettant dans la structure avec conseil d'administration à un salarié de devenir administrateur, dès lors qu'il détient un minimum d'actions (*supra*, n° 389), et dans la structure dualiste à un salarié de devenir membre du directoire, même s'il n'est pas actionnaire (*supra*, n° 439).

Cette absence de réforme du droit de l'entreprise en 1966 peut surprendre, si l'on se réfère au vaste mouvement tendant à développer la participation des salariés qui était en train de naître en Europe à l'époque ². Mais cette timidité s'explique par une vieille tradition française, solidement ancrée, consistant à tenir les salariés à l'extérieur de la société de capitaux, tradition défendue aussi bien par le patronat que par la plupart des syndicats de salariés ³.

Les **dirigeants sociaux** considèrent qu'ils prennent un risque en participant au capital de la société et en assumant les responsabilités inhérentes à leur fonction, et qu'ils doivent en contrepartie disposer sans partage des pouvoirs de direction ; les actionnaires, apporteurs de capitaux, devant seuls participer au contrôle de la gestion. Dans cette optique, il appartient aux salariés, liés à la société par un contrat de travail individuel, de se grouper pour faire valoir leurs droits, le droit du travail organisant le cadre dans lequel peuvent s'effectuer l'information, la revendication, la consultation et la négociation. L'introduction des salariés dans les conseils dirigeants briserait cette logique, créerait des tensions nuisibles à l'efficacité de l'entreprise.

Pour leur part, les **organisations syndicales** de salariés, sauf la CGC et la CFTC, considèrent traditionnellement que les salariés n'ont pas à participer aux responsabilités et à la gestion de l'entreprise privée. La nécessité d'un contre-pouvoir interdit tout partage de responsabilité de la gestion : les travailleurs entendent seulement être informés, disposer d'un droit de

1. Le salarié, sujet de droit des sociétés, Colloque Faculté de Droit de Caen 20 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, n° spécial ; R. Vatinet, *La société anonyme et ses salariés, Essai de problématique*, *Rev. sociétés* 2000, p. 161 ; L. Godon, *Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 433.

2. Cf. K. Hopt, *Problèmes fondamentaux de la participation en Europe (bilan de droit comparé ; appréciation des législations sur la participation des salariés dans les Communautés européennes)* RTD com. 1981, 401.

3. V. *La réforme de l'entreprise*, rapport du Comité présidé par P. Sudreau, édition 10/18, 1975, p. 96.

contrôle et pouvoir contester en vue de négocier ¹. M. Séguéy, ancien secrétaire général de la CGT, résumait bien la position de sa Centrale à l'époque, en considérant que la participation était « *une des plus vieilles duperies inventées par le capitalisme* ».

Ces attitudes patronales et syndicales expliquent les faibles résultats auxquels on est actuellement parvenu, malgré le vaste mouvement d'idées lancé à partir du *rapport Sudreau* sur la réforme de l'entreprise en 1975, qui ne proposait pourtant qu'une simple co-surveillance, et l'arrivée d'un gouvernement de gauche en 1981, qui s'est gardé de remettre en cause le pouvoir de direction du chef d'entreprise ².

À l'heure actuelle, les tentatives d'intégration des salariés dans la société anonyme se sont soldées par des échecs. Le seul résultat tangible a été la très nette amélioration de l'**information** dont disposent les salariés, développée en particulier par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 (section 1), avec un rôle essentiel joué par le comité d'entreprise. Concernant leur **participation financière** (section 2), de nombreux textes sont intervenus dès 1959 pour les intéresser aux bénéfices réalisés par l'entreprise, ou pour les inciter à participer au capital de leur société. Mais, devant leurs faibles résultats, de nouvelles dispositions ont dû être prises pour redonner vigueur à ces mesures, en particulier avec la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001. Enfin, dans le domaine de la **participation à la gestion** (section 3), les mesures prises en 1986 et 1994 ont eu une portée limitée. Une **évolution** semble toutefois se produire, en particulier au sein de la CGT, qui souhaite maintenant que la participation des salariés dans les conseils d'administration soit généralisée afin qu'ils puissent participer « *en tant que tels* » au choix de leur entreprise, sans en être nécessairement actionnaires ³. Après la loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié ⁴ qui tend notamment à moraliser l'utilisation des *stock-options* et à développer l'attribution d'actions gratuites aux dirigeants et aux salariés, est intervenue la loi du 3 décembre 2008 en faveur des revenus du travail ⁵. Elle est destinée à promouvoir l'intéressement, à instaurer le libre choix des salariés quant à l'usage de leur participation. Elle retouche également tous les dispositifs relatifs à l'épargne salariale.

1. Rapport Sudreau, p. 97.

2. V. parmi les *lois Auroux*, celles du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise et du 28 oct. 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel.

3. Cf. B. Thibault, Secrétaire général de la CGT in *Le Monde de l'Économie*, 14 juin 2000, p. III.

4. V. les commentaires de R. Foy et P. de Fréminet, *Rev. sociétés* 2007, p. 1 ; C. Malecki, *D.* 2007, p. 524 ; G. Auzéro, *Bull. Joly* 2007, p. 331, n° 80. Cf. égal. circul. du 15 mai 2007, *JCP E* 2007, 1763.

5. Cf. le commentaire de D. Jourdan, *JCP E* 2008, 2547.

SECTION 1. L'INFORMATION DES SALARIÉS

530 Information permanente ◇ Comme dans toute entreprise, quelle que soit sa forme, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs (art. L. 2323-6 C. trav.) ¹. À cette fin, le comité reçoit régulièrement du chef d'entreprise des informations et rapports sur la situation et les résultats de l'entreprise (art. L. 2323-7 à 11 et 2323-46, 50, 51, 55 C. trav.) ².

En outre, dans les sociétés anonymes, le comité d'entreprise a les mêmes droits d'information, de communication et de copie que les actionnaires (art. L. 2323-7 et 2323-55 C. trav. ; *supra*, n^{os} 472 s.) ³. Pour l'examen des comptes annuels, le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable dont la rémunération est à la charge de l'employeur ⁴. Si la société est tenue d'établir des documents de gestion prévisionnelle, ceux-ci et les rapports qui y sont joints doivent lui être communiqués comme aux commissaires aux comptes, alors qu'ils ne le sont pas aux actionnaires, dans les huit jours de leur établissement (art. L. 232-3, al. 1 ; R. 232-6 ; *infra*, n^o 543).

Le comité d'entreprise doit être également informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise ⁵, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales. Le chef d'entreprise doit indiquer les motifs des modifications projetées et consulter le comité sur les mesures qui sont envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci ⁶. Il est également tenu de consulter le comité lorsqu'il prend une participation dans une société et de l'informer lorsqu'il a connaissance d'une prise de participation dont son entreprise est l'objet.

1. G. Lyon-Caen, J. Péliissier et A. Supiot, n^{os} 763 s. ; A. Lyon-Caen, *Le comité d'entreprise et les restructurations*, Dr. social 2004, 285.

2. *Id.*, n^{os} 768 s.

3. A. Brunet et M. Germain, *L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 oct. 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janv. 1985*, préc., *Rev. sociétés* 1985, p. 1 ; Th. Bonneau, *Les salariés et les opérations sociétaires : le droit d'information et de critique*, RIDA 1996, p. 625.

4. Peu importe la date à laquelle les comptes sont approuvés, Soc. 18 déc. 2007, Bull. Joly 2008, p. 179, n^o 39, J. F. Barbière.

5. R.M. JO déb. AN 3 déc. 1990, p. 5554 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 237 ; Soc. 13 avr. 1996 (3^e esp.) Bull. Joly 1996, p. 939 et s., n^o 341 et s., A. Arséguet et P. Fadeuilhe ; Soc. 12 nov. 1997, Bull. Joly 1998, p. 245, n^o 92, A. Arséguet. Cf. égal. art. L. 225-105, al. 2 sur la transmission à l'A.G. de l'avis du comité d'entreprise (art. L. 2323-23 C. trav.).

6. Sur les difficultés rencontrées dans la pratique, cf. rapport Ch. Cumunel, *La communication financière des sociétés cotées vis-à-vis des salariés*, COB 1998.

En outre, la loi NRE, a développé de façon très importante l'information du comité d'entreprise, qui avait été instaurée par la loi sécurité et transparence du 2 août 1989 :

- **en cas de dépôt d'une OPA-OPE**, portant sur une entreprise, le chef de cette entreprise et le chef d'entreprise auteur de l'offre doivent réunir immédiatement leur comité d'entreprise respectif pour l'en informer ¹. Le comité de l'entreprise qui fait l'objet de l'offre décide alors s'il souhaite entendre l'auteur de l'offre et peut se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre. Le comité se réunit ensuite pour examiner la note d'information qui lui a été transmise et auditionner l'auteur de l'offre. Il ne peut qu'exprimer des remarques, il n'a pas le pouvoir de bloquer l'offre, mais l'attitude des salariés « sur le terrain » peut être décisive pour le succès ou l'échec de l'opération.

Si l'auteur de l'offre ou son représentant ne répond pas à l'invitation, à titre de sanction, les droits de vote attachés aux titres de la société cible qu'il détient ou qu'il viendrait à détenir sont suspendus. La sanction sera toutefois levée si l'initiateur de l'offre se rend à une réunion du CE à laquelle il aura été invité (cf. art. L. 2323-24 C. trav. ; *infra*, n° 650-1).

- Lorsqu'une entreprise est partie à une **opération de concentration**, le chef d'entreprise doit réunir le comité d'entreprise, qui décide éventuellement de recourir à un expert (cf. art. L. 2323-20 C. trav. ; *infra*, n° 673). Celui-ci a accès aux documents de toutes les sociétés concernées par l'opération (art. L. 2323-37 C. trav.).

- Le comité d'entreprise peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de **convoquer l'assemblée** générale des actionnaires en cas d'urgence. Il peut également requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées (art. L. 2323-67 C. trav.).

- Enfin, deux membres du comité d'entreprise peuvent **assister aux assemblées générales**. Ils doivent, à leur demande, être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés (art. L. 2323-67 C. trav.).

L'avenir dira si ce développement de l'information au profit des salariés est compatible avec le secret qui doit entourer toute opération économique-financière et avec les impératifs du droit boursier.

Les délégués du comité d'entreprise qui siègent au conseil d'administration (ou au conseil de surveillance) avec voix consultative recueillent également des informations de première importance, mais comme toute personne appelée à assister à ces réunions, ils sont tenus à la discrétion à l'égard de celles qui présentent un caractère confidentiel et sont données comme

1. Cependant, aux termes de l'article L. 2323-25 du code du travail, par dérogation à l'article L. 2323-2, le chef d'entreprise n'est pas tenu de consulter le comité d'entreprise avant le lancement d'une OPA ou d'une OPE portant sur le capital d'une entreprise. En revanche, il doit réunir le comité d'entreprise dans les deux jours ouvrables suivant la publication de l'offre en vue de lui transmettre des informations écrites et précises sur le contenu de l'offre et sur les conséquences en matière d'emploi qu'elle est susceptible d'entraîner.

telles par le président du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) (art. L. 225-37, al. 4 et L. 225-92 ; *supra*, n° 393) ¹.

Le comité peut toujours convoquer les commissaires aux comptes pour recevoir leurs explications sur les différents postes des documents communiqués, ainsi que sur la situation financière de l'entreprise (art. L. 2323-55 C. trav.).

L'obligation d'information pesant sur les dirigeants sociaux est donc très large. En cas de non-respect, des sanctions pénales pour *entrave au fonctionnement du comité d'entreprise* peuvent être prononcées (art. L. 2328-1 C. trav.) ².

531 Informations en cas de crise ◇ C'est depuis la loi du 1^{er} mars 1984 sur la *prévention des difficultés des entreprises* que les prérogatives du comité d'entreprise ont été considérablement renforcées. Les salariés, menacés dans leur emploi si l'entreprise périclité, se sont vu reconnaître des droits qui jusqu'alors étaient réservés aux seuls actionnaires. C'est ainsi que, pour être assurés de bénéficier d'une information complète et objective, ils peuvent demander en justice la récusation d'un commissaire aux comptes qui ne leur paraît pas suffisamment indépendant des dirigeants sociaux (art. L. 823-6, al. 1, *supra*, n° 507), ou sa révocation pour faute ou empêchement (art. L. 823-7, al. 1, *supra*, n° 506).

De même, si le comité d'entreprise s'estime insuffisamment informé sur telle ou telle opération, il peut demander, comme les actionnaires minoritaires, une expertise de gestion, qui peut désormais s'étendre à d'autres sociétés du groupe (art. L. 225-231, al. 3, *supra*, n° 523) ³ et dont les résultats pourront l'inciter à mettre en œuvre une *procédure d'alerte* ⁴. En effet, lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut déclencher l'alerte (art. L. 2323-78 à 82 C. trav.) ⁵.

La formule permettant au comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel (art. L. 2313-14 C. trav.) d'agir est très large. La procédure tend aux mêmes fins que celle qui doit être mise en œuvre par le commissaire aux comptes (*supra*, n° 514) : obtenir des dirigeants sociaux des explications sur

1. La même obligation de discrétion pèse dans des conditions identiques sur tous les membres du comité d'entreprise et les délégués syndicaux (art. L. 2325-5 C. trav.).

2. Cf. par ex. Crim. 23 oct. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 226, n° 52, G. Auzero.

3. Versailles, 27 sept. 1985, *Bull. Joly* 1986, p. 95, n° 15, P. Le Cannu.

4. Les résultats de l'expertise de gestion pourront éventuellement donner des informations utilisables dans une action en responsabilité civile ou pénale (par ex. abus de biens sociaux) contre les dirigeants.

5. B. Teyssié, *Table ronde sur le rôle du comité d'entreprise dans les procédures d'alerte*, JCP E 1985, II, 14521 ; J. Savatier, *préc.*, *Le rôle de prévention du comité d'entreprise*, JCP E 1987, II, 15066, p. 616. V. TGI Paris (ord. réf.) 27 févr. 1989, *Dict. perm. diff. des entreprises*, *bull.* n° 66, p. 8513, n° 161 (exercice du droit d'alerte jugé sans objet).

les mesures de redressement envisagées. Elle se déroule suivant le même schéma ¹.

Si l'entreprise connaît des difficultés persistantes ou tombe en cessation des paiements, la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui s'ouvre donne un rôle essentiel aux salariés. C'est un des aspects importants des réformes intervenues en matière de procédures collectives (lois des 25 janvier 1985 et 26 juillet 2005). Les salariés sont devenus, par leur représentant, le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, l'un des organes des procédures qui est consulté pour toutes les décisions engageant le sort de l'entreprise. Mais les résultats sont décevants ².

SECTION 2. LA PARTICIPATION FINANCIÈRE

La première forme de participation financière a consisté à associer les salariés aux résultats et aux performances de l'entreprise (§ 1). Puis, la possibilité leur a été accordée de devenir actionnaires de la société à des conditions préférentielles (§ 2) ³.

§ 1. L'intéressement des salariés à l'entreprise

532 **Évolution** ⁴ ◇ De nombreux textes ont été adoptés afin de développer la politique d'intéressement des salariés aux résultats et aux performances de l'entreprise : l'ordonnance du 7 janvier 1959 « *tendant à favoriser l'association ou l'intéressement des travailleurs à l'entreprise* » ; l'ordonnance du 17 août 1967 « *relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises* ». Une relance et une modernisation du système ont été opérées par l'ordonnance du 21 octobre 1986 ⁵ « *relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés* ». Ce texte a été modifié par une loi du 7 novembre 1990 ⁶ afin de corriger certains abus, et une loi du 25 juillet 1994 dans un souci de clarification ⁷. La plupart de ces textes ont été assortis de dispositions fiscales incitatives tant pour les entreprises que pour leurs salariés. La dernière réforme est issue de la loi du 3 décembre 2008 « *en faveur des revenus du travail* » ⁸.

1. Cf. Y. Guyon, T. II, n° 1057.

2. Y. Guyon, *Le rôle des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, in *Études G. Lyon-Caen* 1989, p. 300.

3. V. la circulaire interministérielle du 6 avr. 2005 (252 pages), JCP E 2005, p. 691.

4. Art. 39 undecies, 81,18 bis et 158-5. b CGI ; DA 4 N-2121. V. *Mémento Fiscal*, n°s 7940 s. S. Smith-Vidal, *Le choix et la mise en place d'une politique d'épargne salariale adaptée à l'entreprise*, *Dr. et patr.*, sept. 2006, n° 151, p. 64.

5. A. Couret et Th. Aubert-Montpeyssen, *L'actionnariat des salariés et la participation aux résultats de l'entreprise (ordonnance du 21 oct. 1986)*, *Bull. Joly* 1986, p. 1069.

6. Cf. J.-P. Valuet, *Bull. Joly* 1991, p. 7, n° 1 ; D. Gatamel, JCP E 1991, I, 27.

7. Sur ce texte, cf. A. Sauret, JCP E 1994, I, 383 ; G. Baranger, *Bull. Joly* 1995, p. 398, n° 135.

8. Sur laquelle, cf. D. Jourdan, JCP E 2009, 2547.

533 Le système actuel ◇ Le dispositif en vigueur avant la loi sur l'épargne salariale et celle prise en faveur des revenus du travail n'a pas été bouleversé.

Fiscalement, les sommes versées en espèces immédiatement aux salariés, en vertu d'un accord d'intéressement, sont en principe déductibles du résultat imposable de la société et sont exonérées de taxe sur les salaires et de cotisations sociales ¹. Elles sont imposables entre les mains des salariés, au titre de l'impôt sur le revenu ², dans la catégorie des traitements et salaires, et sont assujetties à la CSG et à la CRDS ³.

Au 31 décembre 2008, l'encours des différents dispositifs d'épargne salariale (OPCVM, FCPE, SICAV...) s'établissait à 71,4 milliards d'euros, 11,5 millions de salariés détenant un compte d'épargne salariale, soit 600 000 nouveaux bénéficiaires pour 2008 (communiqué Assoc. de gestion financière, 10 avril 2009).

– **L'intéressement des salariés** est un **dispositif facultatif** qui permet d'associer les salariés ⁴ aux résultats et aux performances de l'entreprise par le versement de primes immédiatement disponibles. La mise en place du système d'intéressement peut être assurée dans toute entreprise, quelles que soient la nature de son activité et sa forme juridique, dès lors qu'elle satisfait aux obligations lui incombant en matière de représentation du personnel (art. L. 3311-1 s. C. trav. ; par exemple l'entreprise employant au moins 50 salariés doit avoir un comité d'entreprise) ⁵. Les accords sont conclus pour une durée de trois ans maximum, tacitement reconductible ⁶. Afin de maintenir le caractère collectif de l'intéressement ⁷ et de dissuader les entreprises de transgresser le principe de non-substitution de l'intéressement au salaire, tous les salariés doivent pouvoir bénéficier des produits de l'intéressement ⁸, mais une durée d'ancienneté, qui ne peut excéder trois mois, peut être exigée. Le montant global des primes distribuées aux salariés

1. Art. 39 undecies, 81-18 bis et 158-5. b CGI ; DA 4 N-2121. V. *Mémento Fiscal*, n^{os} 7940 s. S. Smith-Vidal, *Le choix et la mise en place d'une politique d'épargne salariale adaptée à l'entreprise*, Dr. et patr. sept. 2006, n^o 151, p. 64.

2. Sauf affectation de cet intéressement à un compte épargne-temps ou à un plan d'épargne d'entreprise, v. ci-après.

3. Respectivement aux taux de 7,5 % et 0,5 %.

4. Les dirigeants et conjoints collaborateurs ou associés peuvent bénéficier de l'intéressement dans les entreprises de 1 à 250 salariés (art. L 3312-3 C. trav.).

5. Un crédit d'impôt est accordé, sous conditions, aux entreprises qui versent des primes d'intéressement en vertu d'un nouvel accord ou d'un avenant à un accord conclu avant le 31 déc. 2014. Il est fixé à 20 % des primes, dans le cas d'un premier accord, ou de l'augmentation des primes, dans le cas de modification d'un accord existant (art. L 3312-1 C. trav. ; art. 244 quater S, 199 ter R, 220 Y et 223 O-1 x CGI).

6. Art. L 3312-5 C. trav. (sous conditions).

7. Le caractère collectif de l'intéressement a conduit l'administration à considérer qu'il ne pouvait être conclu d'accord d'intéressement dans une entreprise ne comptant qu'un seul salarié, R.M. JO déb. AN 18 nov. 1992, p. 4718 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 190.

8. Les dirigeants sociaux ne peuvent bénéficier de l'intéressement que s'ils cumulent régulièrement avec leur mandat social un contrat de travail.

ne doit pas dépasser annuellement 20 % du total des salaires bruts versés ¹. En outre, un plafond individuel est institué, puisque chaque salarié ne peut recevoir au titre de l'intéressement davantage que la moitié du plafond individuel de la sécurité sociale. La répartition de l'intéressement entre les salariés peut être uniforme, proportionnelle aux salaires ou à la durée de présence dans l'entreprise au cours de l'exercice, ou retenir conjointement ces différents critères. L'intéressement a un caractère aléatoire ; il n'est ni un salaire ni une rémunération ².

Un contrôle administratif des accords d'intéressement a été confié au directeur départemental du travail. Celui-ci dispose d'un délai de quatre mois à compter du dépôt de l'accord pour demander le retrait ou la modification des dispositions contraires aux lois et règlements. L'absence d'observation vaut reconnaissance implicite de la validité de l'accord et interdit toute contestation ultérieure par les administrations sociale et fiscale (cf. art. L. 3313-3 s. C. trav.).

La loi du 30 décembre 2006 a créé un « **dividende du travail** » qui consiste en un supplément d'intéressement et de participation (cf. art. L. 3314-10 et L. 3324-9 C. trav.). Son versement est décidé unilatéralement par le conseil d'administration (ou le directoire) au titre de l'exercice clos. Les sommes correspondantes peuvent être affectées à la réalisation d'un plan d'épargne d'entreprise, d'un plan d'épargne interentreprises ou d'un plan d'épargne pour la retraite collectif ³.

– **La participation des salariés aux résultats** de l'entreprise est un système régi par les articles L. 3321-1 à 3326-2 du Code du travail qui donne aux salariés un droit sur une part du bénéfice réalisé par l'entreprise au cours d'une année. Il est **obligatoire** pour toutes les entreprises employant habituellement **au moins cinquante salariés**, quelles que soient la nature de son activité et sa forme juridique. Les autres entreprises peuvent se soumettre volontairement à ce régime (art. L. 3321-1 s. C. trav.).

Les entreprises concernées doivent constituer une **réserve spéciale de participation**. La répartition de la réserve est en principe calculée proportionnellement au salaire perçu dans la limite de plafonds fixés par décret (art. L. 3324-5 et R. 442-6 C. trav.) ⁴.

Des *accords de participation* sont passés entre les parties intéressées. Ils peuvent prévoir différentes modalités (art. L. 3323-1 s. C. trav.) :

1. Les entreprises qui concluront un accord d'intéressement ou modifieront celui existant, au plus tard le 30 juin 2009, pourront verser à leurs salariés une prime exceptionnelle, d'un montant maximal de 1 500 €, jusqu'au 30 septembre 2009 (art. L. 3314-10 C. trav.).

2. Versailles, 14 juin 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 940, n° 334 ; A. Couret, Ph. Isoux et A. Arseguet, *id.* p. 885, n° 317.

3. Cette loi prévoit également pour les entreprises dans lesquelles existe déjà un accord d'intéressement la possibilité de conclure un accord mettant en place un « intéressement de projet » (art. L. 3341-1 s.C. trav.).

4. Sur le caractère d'ordre public du plafond d'attribution de l'art. R. 442-6, Soc. 23 mai 2007, *JCP E* 2007, 2405, R. Vatinet. Le bénéfice net, sur lequel est calculée la réserve spéciale de participation, doit être majoré de certains bénéfices exonérés par le CGI (art. L. 3324-1C. trav.).

- l'attribution d'actions ou de coupures d'actions de la société provenant d'une incorporation de réserves au capital ou d'un rachat préalable effectué par la société ;
- la souscription d'actions émises par les sociétés créées par des membres du personnel procédant au rachat d'une partie du capital de l'entreprise en vue d'en assurer la continuité (L. 9 juillet 1984, art. 11) ;
- l'affectation des sommes constituant la réserve spéciale à un fonds que l'entreprise doit consacrer à des investissements ;
- ou encore leur affectation à des organismes de placement étrangers à l'entreprise (SICAV, fonds communs de placement) ou à des comptes ouverts au nom des intéressés en application d'un plan d'épargne d'entreprise.

Depuis la loi du 3 décembre 2008, les salariés peuvent **percevoir immédiatement** les droits leur revenant au titre de la participation ¹. Auparavant, les droits constitués au profit des salariés n'étaient négociables qu'à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de l'ouverture de ces droits (cf. art. L. 3324-10 nouv. C. trav.).

La loi du 30 décembre 2006 « pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié » a imposé aux branches de négocier un régime de participation dans les trois ans de sa publication (art. L. 3322-9 C. trav.). Ce régime, ouvert à toute entreprise quel que soit son effectif, peut retenir soit la formule légale de participation (art. L. 3324-1 C. trav.) soit une formule dérogatoire, plus souple (art. 3324-2 C. trav.).

Fiscalement, la société bénéficie d'importantes exonérations (art. 237 bis A I et II CGI), et les sommes revenant aux salariés au titre de la participation sont exonérées d'impôt sur le revenu (art. 157-16° bis et 163 bis AA CGI) ².

L'épargne salariale peut être gérée dans le cadre d'un plan d'épargne salariale : soit un PEE (plan d'épargne entreprise), soit un PEI (plan d'épargne interentreprises), soit un PERCO (plan d'épargne pour la retraite collectif).

Le plan d'épargne entreprise (PEE) ³ se définit comme un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières (art. L. 3332-1 à L. 3332-28 nouv. C. trav.).

Les PEE ne sont pas réservés aux seuls salariés : dans les entreprises comprenant au moins un et au plus deux cent cinquante salariés, les chefs de ces entreprises, ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs présidents, directeurs généraux, gérants ou mem-

1. L'exonération d'impôt sur le revenu n'est pas applicable dans cette hypothèse.

2. V. *Mémento Fiscal*, n°s 7921 s.

3. Les plans d'épargne d'entreprise ont été créés par l'ordonnance 67-694 du 17 août 1967 qui a été modifiée à plusieurs reprises ; v. les commentaires de R. Foy, *Dr. sociétés* mars 1997, p. 6 ; avr. 1997, p. 6.

bres du directoire, peuvent en effet participer également aux PEE (art. L. 3332-2, al. 3) ¹.

Contrairement à l'intéressement et à la participation qui visent à distribuer un supplément de revenus aux salariés, le plan d'épargne d'entreprise est une structure d'accueil de sommes provenant de quatre sources.

Les PEE peuvent en effet recevoir :

- des sommes versées au titre de l'intéressement, par décision individuelle du salarié ;
- des sommes attribuées au titre de la participation, soit par l'accord de participation, soit par décision individuelle du salarié ;
- des versements volontaires du salarié qui ne peuvent excéder chaque année un quart de sa rémunération annuelle ;
- des versements complémentaires de l'entreprise appelés *abondement*, qui ne peuvent se substituer aux salaires. L'abondement est plafonné (cf. art. L. 3332-11 à 13 C. trav.).

Les fonds recueillis sont bloqués en principe pendant cinq ans et sont consacrés à l'acquisition de valeurs mobilières nécessairement diversifiées afin d'assurer une certaine sécurité des placements et de faciliter le retrait du salarié (sur la composition du portefeuille des **fonds communs de placements d'entreprise**, FCPE, destinée à renforcer la sécurité des placements effectués, cf. art. L. 3332-15 C. trav.) ².

Le FCPE est un fonds d'épargne qui n'a pas pour finalité la retraite, à la différence du **fonds de pension** qui lui est un fonds d'épargne salariale destiné à financer la retraite. Au moment de sa retraite, le salarié touche en effet son épargne et les intérêts capitalisés sous forme de rente.

Le dispositif est complété par des avantages fiscaux ³, harmonisés avec ceux de la participation.

C'est ainsi que les sommes versées par les sociétés à ce titre sont déductibles de leur résultat imposable et échappent à la taxe sur les salaires et aux cotisations sociales dans certaines limites ⁴. Elles sont en outre exonérées entre les mains des salariés bénéficiaires ⁵ à condition d'être maintenues, sauf exceptions, dans le plan d'épargne pendant au moins cinq ans mais elles sont assujetties à la CSG et à la CRDS.

La loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001 a complété ce dispositif en créant deux nouveaux plans :

- Le **plan d'épargne interentreprises**, commun à plusieurs entreprises, est destiné à faciliter l'accès des salariés des PME à l'épargne salariale, en

1. Sur l'élargissement au bénéfice du conjoint collaborateur ou du conjoint associé, art. 13 L. n° 2005-882, 2 août 2005, en faveur des PME.

2. Au 31 déc. 2008, le total des encours des FCPE diversifiés atteignait 41,4 milliards d'euros (communiqué AFG10 avril 2009).

3. V. *Mémento Fiscal*, n°s 7935 s.

4. Les versements concernés sont limités à 8 % du plafond annuel de la sécurité sociale, sans pouvoir excéder le triple de la contribution des bénéficiaires (art. 237 ter CGI).

5. Art. 163 bis B CGI.

mutualisant le coût de mise en place et de fonctionnement du plan d'épargne. En principe, ce sont les dispositions relatives au PEE qui sont applicables au PPI (art. L. 3333-1 à 8 C. trav.).

– Le **PERCO, plan d'épargne pour la retraite collectif**¹, est un outil d'épargne salariale diversifiée constituée en vue de la retraite. Il ne peut être mis en place que si est également offerte la possibilité d'opter pour un PEE ou un PEI de durée plus courte. En principe, ce sont les dispositions relatives au PEE qui sont applicables au PERCO (art. L. 3334-1 à 3334-16 C. trav.). La loi du 3 décembre 2008 et le décret du 30 mars 2009 ont pris différentes mesures destinées à donner une nouvelle impulsion aux PERCO.

Au 31 décembre 2008, 78 961 entreprises étaient dotées d'un PERCO pour un encours total de 1,8 milliard d'euros. En 2008, 444 206 salariés avaient effectué des versements pour un montant moyen de plus de 4 000 euros (*Les Échos* 22 juin 2009).

§ 2. La participation au capital²

534 Caractéristiques ◇ « Rendre le prolétaire propriétaire et l'ouvrier boursicoteur, voilà une vieille lune qui a la vie dure »³. Il n'en demeure pas moins que depuis 1970 le législateur a multiplié ses interventions pour inciter les salariés à participer au capital de leur société⁴.

Si, à l'origine, la plupart des textes sur le capitalisme populaire se sont soldés par des échecs, l'actionnariat salarié est en train de se développer en France. Les privatisations ont joué un rôle moteur. C'est ainsi que chez *Air-France* et *France-Télécom*, trois quarts des salariés sont devenus actionnaires. De leur côté, certaines sociétés privées mènent une politique d'actionnariat dynamique.

Vivendi a instauré un plan d'épargne groupe prioritairement investi en actions de la société. Le plan PEGASE mis en place en mars 1999 permet, grâce à une somme initiale apportée par le salarié et bénéficiant d'un abondement de l'entreprise, de financer une souscription d'actions pour dix fois son montant au moyen d'un prêt

1. La fiscalité des PERCO est similaire à celle des PEE. Quelques particularités : les sommes versées par les entreprises sont exonérées de charges fiscales et sociales à hauteur du triple de la contribution des bénéficiaires (et dans la limite de 16 % du plafond de la sécurité sociale). Contrairement au plafond du PEE, celui du PERCO ne peut être majoré en cas d'acquisition de titres de l'entreprise ou de son groupe. L'abondement versé par l'entreprise est soumis pour la part excédant, par bénéficiaire et par an, 2 300 €, à une contribution sociale spéciale de 8,2 % à la charge de l'employeur (art. L. 137-5 CSS). Par ailleurs, cet abondement permet à l'entreprise de constituer une provision pour investissement. La durée de blocage permettant de bénéficier des exonérations est de dix ans, sauf déblocage anticipé prévu par décret. Le PERCO peut être créé au niveau de l'entreprise ou du groupe d'entreprises ou sous la forme d'un plan d'épargne interentreprises.

2. C. Lassalas, *L'actionnariat des salariés*, in *Mélanges J. Stoufflet*, LGDJ 2001, p. 165.

3. F. Zénati, *RTD civ.* 1987, p. 182, n° 54.

4. Les salariés de *Renault* ayant plus de cinq ans d'ancienneté furent les premiers à bénéficier d'une distribution gratuite d'actions (L. 2 janv. 1970). Par la suite, l'expérience fut étendue aux banques et aux sociétés d'assurances.

bancaire sans intérêt. L'opération a été présentée comme sans risque de perte en capital pour le salarié puisque la société garantissait une rémunération de 5 % par an de la mise initiale en cas de baisse du titre ¹. Les salariés de *Vivendi* ont détenu 4 % du capital de la société (source : AG du 27 avr. 2000) ². Ils ont sérieusement déchanté avec l'écroulement de leurs titres devenus *Vivendi Universal*...

L'intérêt de cet actionnariat salarié, fortement encouragé par le droit fiscal ³, est triple. Il favorise la paix sociale, augmente les revenus des salariés sans nuire à la compétitivité et garantit la présence d'un pôle d'actionnaires stables.

En France, une société cotée sur trois pratique l'actionnariat salarié. Le nombre d'actionnaires salariés est estimé entre 1,5 et 2 millions qui détiendraient en moyenne 3,7 % du capital de leur société et 4,9 % dans les sociétés du nouveau marché. L'encours détenu par les salariés représenterait environ 40 milliards d'euros, soit 2,7 % de la capitalisation de la place de Paris ⁴.

535 Les options de souscription ou d'achat d'actions ◇ Le système des options de souscription ou d'achat d'actions (options sur actions) est inspiré de la formule américaine des « *stock option plans* » ⁵. Il a été introduit en France par la loi du 31 décembre 1970 (art. L. 225-177 à L. 225-186 ; art. R. 225-137 à R. 225-145), et permet aux salariés ⁶, essentiellement les cadres dirigeants, de souscrire ou d'acheter à des conditions avantageuses des actions de la société qui les emploie ⁷.

1. Rapport J. Chérioux, *L'actionnariat salarié : vers un véritable partenariat dans l'entreprise*, Sénat 1998-1999, n° 500.

2. Les salariés de la *Société générale* qui détiennent 8,5 % du capital et 10,8 % des droits de vote ont été un allié précieux de la direction lors du raid de la BNP (*Le Monde*, *Actionnariat salarié : la lutte pour le pouvoir commence*, 14 juin 2000).

3. Le droit fiscal a introduit divers régimes de faveur spécifiques (*infra*, n°s 535-1, 535-2 et 537-2). Par ailleurs, les salariés (et les dirigeants qui y sont assimilés) peuvent déduire de leur rémunération, au titre des « traitements et salaires », les intérêts d'emprunts contractés pour l'acquisition des titres de la société dans laquelle ils travaillent en vue de la poursuite de leur contrat de travail, voire de sa conclusion, à la condition notamment que leur montant ne soit pas hors de proportion avec les revenus attendus de la poursuite desdits contrats : art. 83-3° al. 8 CGI ; Instr. 23 nov. 2006, BOI 5 F-20-06 ; CE 25 oct. 2004, *Boutourlinsky*, *RJF* 1/05, n° 25 ; 30 juin 2008, *Maurice et Henri* (2 arrêts), *RJF* 10/08, n° 1040, *Dr. fisc.* 2008, n° 39, comm. 503.

4. Enquête de l'Observatoire de l'actionnariat salarié en France, in *Les Échos* 21 juin 2001.

5. *Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Stock-options, Attribution gratuite d'actions*, 2008. J.-F. Valuet, *Stock options*, *Joly* 1997, p. 200 ; I. Riassetto, *Liberté contractuelle et stock-options*, *Lamy Sociétés commerciales*, n° 143, févr. 2002 ; sous la direction de R. Vatinet, *Sur le régime juridique des options de souscription ou d'achat d'actions*, *Actes pratiques* mai-juin 2003.

6. J.-P. Valuet, *Le salarié optionnaire ou bénéficiaire de stock options*, *Bull. Joly* n° spécial, juill. 2005, p. 14, n° 2.

7. Sur la nécessaire utilisation de ces procédures spécifiques, cf. *Bull. mensuel COB*, n° 242, déc. 1990 ; *Dr. sociétés*, 1991, n° 104.

Le mécanisme est le suivant ¹ : après autorisation de l'assemblée générale extraordinaire, le conseil d'administration (ou le directoire) ² peut offrir au président du conseil d'administration, au directeur général, aux directeurs délégués ou aux membres du directoire ainsi qu'aux cadres de la société la possibilité de souscrire des actions existantes ou de souscrire des actions nouvelles ³ à un prix déterminé à l'avance (« prix d'exercice » ou « prix de souscription »), qui ne peut pas être modifié pendant la durée de l'option, sauf ajustement en cas d'opérations financières ultérieures de la société ayant une incidence sur la valeur des titres. Les bénéficiaires ont un délai pour lever leur option ⁴. Si l'action baisse pendant cette période, le salarié ne lèvera évidemment pas l'option. En revanche, si le cours de l'action monte, le salarié a tout intérêt à lever (ou exercer) l'option, quitte à revendre ses titres en percevant son bénéfice, égal à la différence entre le prix initial et le prix de revente. Le système comporte donc trois étapes, l'attribution, la levée et la cession.

Pour la Cour de cassation, l'option d'achat d'actions « constitue une promesse unilatérale faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de leur vendre sur leur demande un nombre déterminé de ses actions dans un délai et moyennant un prix définitivement fixé » ⁵. Le salarié qui ne peut, du fait de son licenciement sans cause réelle et sérieuse, exercer les options sur titres qui lui avaient été attribuées, a droit à la réparation du préjudice qui en résulte, mais non au maintien des options ⁶.

Le conseil des prud'hommes est compétent pour tout litige relatif aux *stock options*, quelle que soit la nature de l'option consentie, car leur octroi constitue un accessoire de la rémunération du salarié ⁷.

Les initiateurs de la loi l'ont présentée comme un mode de rémunération à long terme des cadres, comme un moyen de les intéresser à la gestion de leur société et de les fidéliser. Depuis 1970, de nombreuses modifications ont été insérées dans le texte initial pour relancer la formule : toutes les sociétés,

1. V. Tandeau de Marsac et M.I. Levesque, *Stock options et mécanismes d'intéressement assimilés : les écueils juridiques à éviter*, Bull. Joly 1999, p. 729, n° 163. Le dossier de l'*Expansion*, *La France des stock-options* (n° 628, sept. 2000) indiquait que seulement 1 % des salariés des sociétés du CAC 40 bénéficiaient à l'époque d'options.

2. Sur les conditions de modification des modalités d'attribution des *stock options*, Paris, 23 sept. 1999, Bull. Joly 2000, p. 227, n° 44, D. Velardocchio ; *Dr. sociétés* 2000, n° 79, D. Vidal ; *JCP E* 2000, p. 797, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Le mécanisme des options d'achat d'actions dérogeait au principe général d'interdiction pour la société d'acheter ses propres actions aujourd'hui abandonné, cf. *supra*, n° 279 s.

4. R. M. JO déb. AN 23 nov. 2004, p. 9208 ; BRDA n° 3 – 2005, p. 2 (conditions de prorogation du délai pendant lequel les options peuvent être exercées).

5. Civ. 2^e, 20 sept. 2005, *JCP E* 2006, 1047, R. Vatinet.

6. Soc. 2 févr. 2006, *JCP E* 2006, 2200, R. Vatinet et 2035, n° 5, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; Soc. 5 déc. 2007, *RTD com.* 2008, p. 136, P. Le Cannu et B. Dondero.

7. Soc. 21 juin 2005, BRDA n° 17-2005, p. 3. Mais, les différends pouvant s'élever dans les relations entre la société et le salarié devenu actionnaire, indépendamment des conditions d'acquisition de ses actions, sont de la compétence commerciale, Soc. 16 sept. 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 102, J. F. Barbiéri.

qu'elles soient cotées ou non, peuvent consentir des options. Le conseil d'administration (ou le directoire) fixe les conditions dans lesquelles seront consenties les options. Les options s'intègrent dans un plan, que l'on peut qualifier de contrat, entre la société et les salariés auxquels elle consent les options.

Si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le prix de souscription ne peut pas être inférieur à 80 % de la moyenne des cours cotés aux vingt séances de bourse précédant ce jour. Si les actions ne sont pas cotées, le prix est déterminé conformément aux méthodes objectives retenues en matière d'évaluation d'actions (situation nette comptable, rentabilité, perspectives d'activité de l'entreprise... cf. art. L. 225-177 ¹). Les dirigeants sociaux, qu'ils aient ou non exercé au préalable des fonctions salariées ², peuvent bénéficier d'options dès lors qu'ils ne possèdent pas plus de dix pour cent du capital social (art. L. 225-182) ³. Enfin, le délai pendant lequel les options doivent être exercées ⁴ est fixé librement par l'assemblée générale extraordinaire (art. L. 225-183) ⁵.

En vue d'améliorer le système des plans d'options, de nombreux débats ont eu lieu. Tout le monde s'est accordé sur la nécessité d'une plus grande transparence ⁶ et d'une moralisation de certaines pratiques, avec le souhait de certains d'un « resserrement » fiscal. De son côté, la COB avait proposé de rendre nécessaire une meilleure information et d'inviter les émetteurs à établir un code de bonne conduite pour prévenir les risques de délit d'initié ⁷.

1. V. Comité juridique ANSA 5 déc. 2007, in *BRDA* n° 4-2008, p. 2.

2. R. M. *JO déb.* AN 4 janv. 1988, p. 57 ; *JCP E* 1988, II, 15168, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Paris, 17 nov. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 443, n° 128 J.-J. Caussain ; *Rev. sociétés* 1993, p. 813, P. Le Cannu (sort des options de souscription d'action en cas de révocation sans juste motif d'un président de directoire) ; Paris, 6 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 112, n° 43, D. Velardocchio. Les options sur actions sont souvent utilisées comme complément de rémunération pour les dirigeants et peuvent également leur servir de « parachute doré » (*supra*, n°s 386, 420).

4. Sur l'indemnisation du salarié bénéficiaire d'une promesse d'option d'achat d'actions inexécuted, Paris, 12 juin 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1263, n° 379, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1998, p. 854, Cl. Champaud et D. Danet.

5. Dans l'hypothèse où le plan d'options prévoit de réserver la levée de celles-ci aux seuls salariés présents dans la société à la date où cette opération était possible, v. sur la réparation du préjudice subi à la suite d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, Soc. 29 sept. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 95, n° 13, J. J. Daigre ; *JCP E* 2004, 1902, S. Grandvuillemin ; 2005, 131, n° 4, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Rev. sociétés* 2005, p. 396, B. Saintourens ; Paris 4 juill. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 19, n° 4, H. Le Nabasque et F. X. Lucas, *id.* p. 1299.

6. V. égal. Rapport Viénot II (juill. 1999). R. Vatinet, *Le clair-obscur des stocks-options à la française*, *Rev. sociétés* 1997, p. 31 ; J.-P. Bertrel, *le nouveau régime des stocks-options*, *Dr. et patr.* janv. 1997, p. 30 ; H. Le Nabasque, *La loi oblige-t-elle à révéler le nom des bénéficiaires des stocks-options ?* *JCP E* 2000, p. 116.

7. *Bull. mensuel* n° 296, nov. 1995, p. 45 ; *Rapport annuel* 1995, p. 40.

La loi NRE ¹, dans un souci de transparence ², a apporté de nombreuses précisions : sont limitées plus qu'auparavant les périodes au cours desquelles les options peuvent être consenties, lorsque les actions sont cotées (sur ces « fenêtres négatives », cf. art. L. 225-177, al. 5). Dans les groupes ³, les dirigeants de la société mère ne peuvent se voir attribuer des options donnant droit à la souscription ou à l'achat de titres de filiales que si ceux-ci sont cotés en bourse (art. L. 225-185 *in fine*). En outre, chaque année l'assemblée générale ordinaire doit être informée dans un **rapport spécial** des plans d'option mis en œuvre. Les renseignements communiqués concernent chaque mandataire social et chacun des dix salariés, qui ne sont pas mandataires, et dont le nombre d'options consenties est le plus élevé (art. L. 225-184 nouv.) ⁴.

Un **mauvais usage des stock-options** est régulièrement dénoncé, en particulier par les associations d'actionnaires, qui reprochent à certains dirigeants, dans une politique à courte vue, d'enjoliver les comptes sociaux afin de faire grimper le cours de bourse de l'action et d'empocher rapidement de confortables plus-values sans prendre eux-mêmes le moindre risque. À l'occasion de la sévère crise boursière récente, il a été également fait grief à certains dirigeants de mettre en place des plans d'options à des cours plus bas que lors des plans récemment adoptés. Sur les stock-options anciennes, ces dirigeants n'enregistraient qu'un manque à gagner en ne les exerçant pas, alors que sur les nouvelles, la plus-value potentielle est importante aussitôt que le cours, par hypothèse très bas, remonte. La situation des actionnaires est évidemment totalement différente ⁵ !

La loi du 30 décembre 2006 a encadré l'exercice des stock-options attribuées à des mandataires sociaux à la suite d'un « *amendement Ballardur* ». Désormais, le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) doit décider, soit que les intéressés ne peuvent lever leur option avant la cessation de leurs fonctions, soit qu'ils sont tenus de conserver jusqu'à la cessation de leurs fonctions un certain nombre d'actions issues de la levée d'option (art. L. 225-185) ⁶.

L'effondrement des cours de bourse durant ces dernières années et l'entrée en vigueur des nouvelles normes comptables, rendant obligatoire pour

1. J.-P. Valuet, *La réforme d'ensemble du régime des stock-options*, Bull. Joly 2001, p. 741, n° 167 ; A. Couret, Th. Boillot, *Mettre en place un plan de stock-options*, Actes pratiques, juill.-août 2001 ; R. Vatinet, *Rev. sociétés* 2001, p. 581 et *Quelques incertitudes du régime juridique des stock-options (à propos de Soc. 15 janv. 2002)*, Dr. social n° 7-8 2002, p. 690.

2. V. Martineau-Bourgninaud, *Le mythe de la transparence en droit des sociétés ; Réflexions sur les stock-options accordées aux mandataires sociaux*, D. 2004, p. 862.

3. *Octroi de stock-options ou d'actions gratuites aux dirigeants dans les groupes de sociétés*, BRDA n° 10-2009, p. 15.

4. La loi du 3 déc. 2008 sur les revenus du travail a complété les mentions à faire figurer dans le rapport spécial : nombre, prix, date d'échéance des options consenties durant l'année, répartition entre les catégories de bénéficiaires ...

5. Ph. Jaffré et L. Mauduit, *Pour & contre Les stock options*, Grasset-Les Échos 2002.

6. L'option retenue doit être mentionnée dans le rapport annuel présenté par le conseil d'administration (ou le directoire) à l'A. G. en application de l'art. L. 225-102-1. Cf. égal. pour les sociétés cotées, le rapport du président sur les procédures de contrôle interne, art. L. 225-37, al. 7 et L. 225-68, al. 8).

les entreprises la comptabilisation des stock-options en charge ¹, ont entraîné une certaine désaffection pour les plans de stock-options. Beaucoup plus intéressante est désormais l'attribution d'actions gratuites grâce à la loi de finances du 30 décembre 2004 et à la loi du 30 décembre 2006 (*infra*, n° 537 et 537-1) ².

La loi du 3 décembre 2008 a décidé que si des stock-options existaient pour certains dirigeants, il devait nécessairement y avoir une disposition pour l'ensemble des salariés : soit des *stock options*, soit des actions gratuites, soit d'avantage d'intéressement ou de participation (*cf.* art. 22 L.). Un décret du 30 mars 2009 relatif aux conditions de rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'État ou bénéficiant du soutien de l'État du fait de la crise économique interdit d'accorder à leurs dirigeants des options de souscription ou d'achat d'actions. Les contribuables comprenaient en effet mal que leur argent soit utilisé à distribuer des *stock options* à des dirigeants d'entreprise en difficulté...(constructeurs automobiles, banques...). Une élémentaire sagesse n'ayant pas été de mise, les pouvoirs publics ont dû intervenir !

535-1 **Fiscalité des stock-options** ³ ◇ Le régime fiscal des stock-options appliqué au bénéficiaire de l'option est complexe.

À la levée de l'option sur les titres offerts au salarié ⁴, un rabais (égal à la différence entre la valeur de l'action au moment où l'option est attribuée et la valeur de

1. On assiste également à un certain déclin de la distribution des stock-options aux USA à la suite du scandale *Enron*, de la médiocrité des performances boursières des entreprises et au changement de la législation comptable, *Le Figaro*, 8 sept. 2006. Sur les nouvelles normes de comptabilisations des stock-options en France (norme IFRS 2, publiée par l'IASB le 19 févr. 2004), I. Andernack, *Stock-options : comptabilisation en charges à la juste valeur dès leur attribution*, *Option finance* 1^{er} mars 2004, n° 774, p. 33 ; É. Fossat, *Les stock-options à l'heure des premières interprétations de l'Ifric*, *Option finance* 16 mai 2005, n° 834, p. 39.

2. S. Plantin, *Une alternative séduisante aux plans de stocks options*, *JCP E* 2005, 524 ; D. Labarthe, *Les plans de stock-options à l'épreuve des attributions gratuites d'actions*, *JCP E* 2006, 1576.

3. Instr. 9 avr. 2008, BOI 4 N-1-08 ; 5 janv. 2009, BOI 5 F-1-09. A. de Waal et N. Zouaghi-Maulet, *Les plans de stock-options à l'épreuve du temps*, *Dr. et patr.*, sept. 2006, n° 151, p. 50 ; G. Morisson-Couderc, *Stock-options et attributions gratuite d'actions - un état des lieux fiscal*, *Dr. et patr.*, sept. 2006, n° 151, p. 54. Sur les incidences fiscales ayant trait aux opérations liées à la vie privée des bénéficiaires de stock-options : sur les incidences fiscales d'un divorce, R.M. JO AN 18 juan 2001, p. 3530 et R.M. JO Sén. 23 août 2001, p. 2721 ; C. Laye-Baffert et M. Dadoit, *Le sort des stock-options dans les partages de communauté et les transmissions familiales*, *Defrénois* 2002, art. 37581. Pour les options attribuées à compter du 20 juin 2007, la donation des titres entraîne l'imposition de l'avantage tiré de la levée d'options entre les mains du donateur (art. 163 bis C I et 200 A 6 CGI). Sur les aspects internationaux de la question, P. Julien Saint-Amand, *Stock-options et optimisation fiscale*, *BF Lefebvre* 1/04, p. 5 ; P. Lefèvre-Péaron et M.-O. Roux, *Rémunérations différées et mobilité internationale des dirigeants : un régime fiscal qui reste à définir ?*, *BF Lefebvre* 1/04, p. 10.

4. Sur le régime fiscal de l'indemnité versée en contrepartie de la renonciation à la levée de l'option, deux courants s'opposent. Le premier l'analyse comme un complément de rémunération imposable dans la catégorie des traitements et salaires sur le fondement des art. 79 et 82 CGI : CAA Nantes 17 déc. 2007, *Rosier* (*Dr. fisc.* 2008, n° 16, comm. 274 ; *RJF* 7/08, n° 815), CAA Nancy

souscription ou d'achat) lui est souvent proposé ¹. Celui-ci est exonéré, sauf pour sa partie dépassant 5 %, laquelle est imposée dans la catégorie des traitements et salaires au titre de l'année de la levée de l'option (art. 80 bis II, CGI).

Lors de la cession ultérieure des titres, deux événements doivent être distingués :

- *L'avantage tiré de la levée de l'option* (différence entre la valeur de l'action lors de la levée de l'option et le prix de souscription ou d'achat).

Cet avantage s'analyse en principe en un complément de salaire imposable dans la catégorie des traitements et salaires au titre de l'année de cession, avec l'application d'un système de quotient (art. 80 bis-I et 163 bis C-II CGI). Toutefois, l'avantage peut relever du régime plus favorable des plus-values sur valeurs mobilières, sous réserve que deux conditions soient satisfaites : le caractère nominatif des actions acquises et le respect de la période d'indisponibilité de quatre ans (art. 163 bis C CGI) ².

Si l'avantage est inférieur à 152 500 € : l'avantage est imposé au taux de 42,1 % (prélèvements sociaux compris).

Cependant, si le bénéficiaire conserve les titres résultant de la levée de l'option deux années supplémentaires (sorte de délai de portage ³), le taux est réduit à 30,1 % (prélèvements sociaux compris).

Si l'avantage est supérieur à 152 500 € : l'avantage est imposé au taux de 52,1 % (prélèvements sociaux compris).

Cependant, si le bénéficiaire conserve les titres résultant de la levée de l'option deux années supplémentaires, le taux est réduit à 42,1 % (prélèvements sociaux compris) ⁴.

- *La plus-value (ou moins-value) de cession* (différence entre le prix de cession et la valeur du titre lors de la levée de l'option).

20 nov. 2008, *Lorant* (RJF 6/09, n° 559). Le second retient la même solution, mais sur le fondement de l'art. 80 bis CGI : CAA Douai 31 janv. 2007, *Thellier* (RJF 2/08, n° 143 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 28, comm. 727), CAA Paris 25 mai 2007, *Lagarigue* (RJF 1/08, n° 42), CAA Versailles 28 déc. 2007, *Bonetti* (*Dr. fisc.* 2008, n° 16, comm. 297). Ce second courant correspond à la position retenue par la doctrine administrative, Décision de rescrit 14 févr. 2006, n° 06-727, *BF Lefebvre* 10/07, inf. 947.

1. Un tel rabais ne peut dépasser 20 % de la valeur de l'action au moment de l'attribution de l'option (art. L. 225-177 et L. 225-179 C. com.).

2. Cette exigence de durée minimale est maintenue même en cas de cessation du mandat social des dirigeants : TA Poitiers 2 déc. 1999, *Hérès*, *Dr. fisc.* 1999, n° 49, comm. 962.

3. Le respect d'un portage supplémentaire suppose que le salarié dispose des fonds nécessaires à l'acquisition ou la souscription des actions. Il fait également courir des risques supplémentaires quant à l'espoir d'une plus-value future. Par ailleurs, Le délai de portage devra être respecté après la levée de l'option, au-delà même de la période d'indisponibilité. Ainsi, le bénéficiaire qui leverait ses options six ans seulement après leur attribution devra encore porter les actions acquises deux années supplémentaires pour bénéficier du taux réduit.

4. L'art. 200 A, 6 CGI confère expressément un caractère intercalaire à l'égard du délai de portage, à l'échange sans soule d'actions résultant d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, de division ou de regroupement, réalisée régulièrement ; un tel échange ne fait pas perdre le bénéfice des taux réduits prévus en cas de portage des actions. Comme dans le cas d'un échange, elles sont soumises aux mêmes conditions que les actions d'origine ; elles doivent donc être nominatives et rester indisponibles jusqu'à l'expiration du délai de portage restant à courir. J.-Y. Mercier, *Stock-options : fusions et OPE survenant pendant la période d'indisponibilité*, *Option finance* 24 avr. 2006, n° 880, p. 24.

La plus-value est soumise au régime des plus-values mobilières, elle est imposée au taux de 30,1 % (art. 150-O A-II-1 et 150-O D-8 CGI) ¹.

La moins-value est imputable sur l'avantage résultant de la levée de l'option. En outre, au cas exceptionnel où elle serait supérieure au montant de l'avantage (ce qui suppose que les actions soient cédées pour un prix inférieur à celui auquel elles ont été souscrites ou acquises), son surplus peut être compensé avec d'autres plus-values de même nature.

En ce qui concerne la société émettrice des actions, celle-ci peut déduire de son résultat imposable les charges subies du fait de la levée des options et les moins-values correspondantes (art. 217 quinquies CGI) ². Elle doit également établir un état individuel pour chaque salarié ayant levé une option au cours de l'année civile destiné aux intéressés ainsi qu'aux services fiscaux ³. Enfin, la société, qui a racheté des actions pour la réalisation de telles opérations, a l'obligation de constituer une provision dont la déduction doit être étalée sur la période d'acquisition des droits par les salariés ⁴.

Par ailleurs, les attributions de stock-options sont soumises à des contributions patronales (au taux de 10 %) et salariales (au taux de 2,5 %) versées aux régimes d'assurance vieillesse (art. L. 137-13 et L. 137-14 CSS) ⁵.

535-2 *Fiscalité des bons de créateurs d'entreprise (BCE)* ⁶ ◇ Un régime plus favorable est consenti aux entreprises innovantes depuis 1998, le

1. En réalité taux de 18 %, auquel il faut ajouter les prélèvements sociaux pour un taux global de 12,1 %. Sur les modalités de détermination et d'imposition d'un gain retiré de la cession avec emploi, à l'issue de la période d'indisponibilité, d'actions issues d'un plan de stock-options, dont la nue-propriété avait été précédemment donnée, R.M. JO AN 25 avr. 2006, FR 32-06, p. 5.

2. Pour plus de détails, Instr. 9 avr. 2008 préc. Une telle déductibilité est également admise au bénéfice d'une société étrangère qui offre des options d'achat d'actions aux salariés d'une société française dans le cadre de plans dont les caractéristiques respectent la législation française (Instr. 6 mai 1988, BOI 4 N-3-88, spéc. n° 38 ; TA Versailles 30 mai 2003, SA EMC France, RJF 4/04, n° 349. En revanche, les moins-values « subies » par les sociétés lors de l'exercice des options de souscription d'actions par les bénéficiaires de plans de stock-options ne sont pas déductibles (CE 16 janv. 2006, SA LVMH-Moët-Hennessy-Louis Vuitton, RJF 4/06, n° 361 ; Dr. fisc. 2006, n° 23, comm. 429).

3. Art. 91 bis de l'annexe II au CGI ; cette obligation perdure alors même que la période d'indisponibilité est écoulée (CAA Nantes 29 sept. 2006, Cosse, RJF 4/07, n° 436).

4. Avis du Conseil national de la comptabilité, CNC, 6-11-2008.

5. La première est exigible le mois suivant la date de la décision d'attribution des options, la seconde est due aux attributions consenties à compter du 16 oct. 2007. Une option est offerte à l'employeur, s'agissant du calcul de l'assiette de la contribution patronale : soit à la juste valeur des options (au sens de la norme comptable IAS 39), soit à 25 % de la valeur des actions sur lesquelles portent ces options, à la date de décision d'attribution. Ce choix est exercé par l'employeur pour la durée de l'exercice pour l'ensemble des options de souscription ou d'achat d'actions qu'il attribue ; il est irrévocable durant cette période. Cette contribution s'applique également lorsque l'option est consentie par une société mère dont le siège social est à l'étranger (recouvrement et contrôle relèvent effectués par les Urssaf).

6. Instr. 6 juill. 1998, BOI 5 F-13-98 ; 27 avr. 1999, BOI 5 F-11-99 ; C. Nouel, *Les bons de créateurs d'entreprise*, Bull Joly 2000, p. 5, n° 1 ; E. Le Dolley, *Les bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise – Ecueils juridiques et fiscaux d'application*, Bull. Joly 2001, p. 953, n° 221 ; A quelles procédures de contrôle est soumise l'émission de BSPCE ? JCP E 2002, p. 1370, n° 1249 ; Doit-on valoriser l'incorporel ? Pour une application aux bons de créateur d'entreprises, Dr. et patr. févr. 2002, n° 101, p. 24 ; J.-P. Gastaud, G. Flores, F. Masquelier, E. Le Dolley et I. Parachkevova, *Les*

régime des *bons de créateurs d'entreprise* (art. 163 bis G CGI) ¹. Sont concernées les sociétés par actions soumises à l'impôt sur les sociétés en France, créées depuis moins de quinze ans non cotées ou admises aux négociations sur un marché réglementé ou un marché structuré d'un État membre de la Communauté européenne ². Elles ne doivent pas avoir été créées dans le cadre d'une concentration, d'une restructuration ou d'une extension d'activité préexistantes. Leur capital doit être détenu de manière ininterrompue à au moins 25 % par des personnes physiques ou des personnes morales elles-mêmes directement détenues pour 75 % au moins de leur capital par des personnes physiques ³. L'assemblée générale extraordinaire peut déléguer au conseil d'administration le soin de fixer la liste des bénéficiaires de BCE. Dans ce cas, il indique le nom des attributaires des bons et le nombre de titres attribué à chacun d'eux.

L'imposition du gain net réalisé par le bénéficiaire ⁴ des bons lors de la cession des titres souscrits est imposée comme plus-value de valeurs mobilières à un taux qui diffère selon qu'il exerce son activité dans la société depuis moins ou plus de trois ans à la date de la cession. Si l'activité est exercée depuis moins de trois ans, le taux est de 42,1 % ; dans le cas contraire, il n'est que de 30,1 % ⁵.

536 *Augmentation de capital réservée aux salariés* ◇ La loi sur l'épargne salariale avait supprimé le régime d'actionnariat des salariés qui avait été

bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise, Dr. sociétés, Actes prat. mars/avr. 2002, p. 7, spéc. p. 13. Un assouplissement des conditions d'attribution est instauré par la loi LME du 4 août 2008, pour les bons attribués à compter du 30 juin 2008, pour une durée de 3 ans.

1. L'art. 163 bis-II et III G CGI renvoie aux art. L. 228-91 et L. 228-92 du Code de commerce (conditions de droit commun d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances) et prévoit expressément que le délai pendant lequel les bons peuvent être exercés, est fixé par l'assemblée générale extraordinaire. En revanche, la fixation du prix d'acquisition du titre peut être déléguée au conseil d'administration ou au directoire, art. 163 bis G III al. 1^{er} CGI.

2. L'art. 163 bis G II al. 1^{er} CGI distingue entre les marchés réglementés et les systèmes multilatéraux de négociations (MTF). Peuvent créer des BCE les sociétés non cotées sur un marché d'instruments financiers français ou étranger dont le fonctionnement est assuré par une entreprise d'investissement ou tout autre organisme similaire étranger, ainsi que les sociétés admises aux négociations sur un tel marché d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen si leur capitalisation boursière est inférieure à 150 millions €. Lorsqu'elles ne remplissent plus ces conditions en raison du seul dépassement du seuil de capitalisation boursière, les sociétés concernées peuvent, pendant les 3 ans suivant la date de ce dépassement, et sous réserve de remplir l'ensemble des autres conditions précitées, continuer à attribuer des bons (art. 163 bis G II bis 1^o CGI).

3. Ce pourcentage ne tient notamment pas compte des participations des fonds d'investissement de proximité (art. 163 bis G-II-2 CGI ; sur ces fonds, *supra* n° 268). Sur la détermination de ce pourcentage, art. 163 bis G II-2 al. 2 et al. 3 CGI.

4. En cas de décès du bénéficiaire, ses héritiers peuvent exercer les bons dans un délai de 6 mois à compter du décès (art. 163 bis G II bis 2^o CGI).

5. En réalité, les taux sont respectivement de 30 % et 18 %, auxquels il convient d'ajouter les prélèvements sociaux pour un taux global de 42,1 %. Sur la pertinence de la différence de traitement selon l'ancienneté du bénéficiaire, R.M. JO Sén. 1^{er} nov. 2001, p. 3462.

institué par la loi du 27 décembre 1973 et qui n'avait pas eu beaucoup de succès (anc. art. L. 225-187 à L. 225-197). La loi NRE du 15 mai 2001 puis l'ordonnance du 24 juin 2004 et la loi du 26 juillet 2005 ont aménagé le régime des augmentations de capital réservées aux salariés de la façon suivante (art. L. 225-129-6) :

– Lors de toute décision d'augmentation du capital par apport en numéraire, sauf si elle résulte d'une émission préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux salariés ¹, effectuée dans les conditions prévues à l'article L. 3332-18 à 24 du Code du travail (salariés adhérents à un PEE, cf. *supra*, n° 533) ². Il ne faut toutefois pas oublier que si l'AGE doit être saisie, elle n'est évidemment pas tenue de donner une suite positive au projet de résolution...

– En outre, tous les trois ans, une assemblée générale extraordinaire doit être convoquée pour se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital effectuée dans les conditions prévues à l'article L. 3332-18 à 24 du Code du travail si, au vu du rapport présenté à l'assemblée générale par le conseil d'administration ou le directoire en application de l'article L. 225-102 du Code de commerce, les actions détenues par le personnel de la société et des sociétés qui lui sont liées aux sens de l'article L. 225-180 représentent moins de 3 % du capital ³.

537 Attribution gratuite d'actions ⁴ ◇ La loi de finances pour 2005 permet, depuis le 1^{er} janvier 2005, d'attribuer aux salariés et aux dirigeants des actions gratuites de sociétés cotées ou non (art. 83, L. 30 déc. 2004) ⁵. Bénéficiant d'un régime fiscal et social avantageux, ce nouveau dispositif connaît une grande faveur dans les entreprises (art. L. 225-197-1 s.).

Les actions données peuvent être nouvelles, à la suite d'une augmentation de capital, ou déjà existantes, issues d'un programme de rachat d'actions par la société. L'AGE sur le rapport du conseil d'administration (ou du directoire) et le rapport spécial du commissaire aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration (ou le directoire) à procéder au profit des salariés, ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre. Lorsque l'attribution

1. Sur la possibilité d'une régularisation au cas où la résolution aurait été oubliée, T. com. Bordeaux 15 nov. 2002, *BRDA* n° 10-2003, p. 2 ; T. com. Versailles 30 avr. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 183, J. Ph. Dom.

2. La loi du 9 déc. 2004 a ajouté : « toutefois, l'assemblée générale extraordinaire se prononce sur un tel projet de résolution lorsqu'elle délègue sa compétence pour réaliser l'augmentation de capital conformément à l'article L. 225-129-2 ».

3. C. Malecki, *Epargne salariale : les ambiguïtés du seuil de 3 % du capital social*, D. 2004, p. 482.

4. *Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Stock-options, Attribution gratuite d'actions*, 2008 ; Y. Sexer, *Aspects pratiques des attributions d'actions gratuites*, Bull. Joly 2008, p. 642, n° 137.

5. Cf. sur ce texte, J. Ph. Dom, Bull. Joly 2005, p. 188, n° 35 ; J. P. Mattout, *Dr. et patr.* mai 2005, p. 26, A. Lienhard, D. 2005, p. 138.

porte sur des actions à émettre, l'autorisation de les attribuer donnée par l'AGE emporte de plein droit renonciation des actionnaires à leur DPS au profit des bénéficiaires des actions attribuées gratuitement (art. L. 225-197-I, al. 4). L'assemblée fixe le pourcentage maximal du capital qui peut être ainsi attribué. L'attribution des titres à leurs bénéficiaires est définitive au terme d'une période d'acquisition dont la durée minimale, déterminée par l'AGE, ne peut en principe être inférieure à deux ans. Pendant cette période, les droits résultant de l'attribution gratuite sont incesibles. L'AGE fixe également la durée minimale de l'obligation de conservation des actions par les bénéficiaires¹. Cette durée court à compter de l'attribution définitive des actions, mais ne peut, elle non plus, être inférieure à deux ans.

Il appartient au conseil d'administration (ou au directoire) de déterminer l'identité des bénéficiaires et de fixer les conditions et, le cas échéant, les critères d'attribution des actions. L'AGE fixe le délai pendant lequel cette autorisation peut être utilisée par le conseil d'administration (ou le directoire), qui ne peut excéder trente-huit mois. Le nombre total des actions attribuées gratuitement ne peut dépasser 10 % du capital social².

Le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués (ou les membres du directoire) peuvent se voir également attribuer des actions dans les mêmes conditions que les salariés. Un rapport spécial d'information destiné à l'AGO est prévu par l'article L. 225-197-4. La loi du 3 décembre 2008 sur les revenus du travail et le décret du 30 mars 2009 appliquent aux actions gratuites les mêmes dispositions que celles qui sont instaurées pour les *stock options* (*supra*, n° 535).

537-1 **Fiscalité des attributions d'actions gratuites**³ ◇ Le régime fiscal de faveur de ces attributions, subordonné notamment au respect d'une durée d'indisponibilité des titres⁴, est très largement inspiré de celui des stock-

1. Le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) doit étendre la durée de conservation des actions gratuites pour les dirigeants (*cf.* II, al. 4). Le mécanisme est semblable à celui qui existe pour les *stock-options* (*cf. supra*, n° 535, *in fine*).

2. Il ne peut pas être attribué d'actions aux salariés et aux mandataires sociaux détenant chacun plus de 10 % du capital social et une attribution gratuite ne peut pas non plus avoir pour effet que les salariés et les mandataires sociaux détiennent chacun plus de 10 % du capital (II, al. 3).

3. Art. 80 quaterdecies et 200 A, 6 bis CGI ; Instr. 10 nov. 2006, BOI 5 F-17-06 ; 9 avr. 2008, BOI 4 N-1-08. J. Ph. Dom, *L'attribution gratuite d'actions*, *Bull. Joly* 2005, p. 188, n° 35 ; H. Bresson et Y. Butzerin, *Attribution gratuite d'actions : régime fiscal*, *Option finance* 4 juill. 2005, n° 841, *Entreprise et expertise*, p. 24 (1^{re} partie), et 11 juill. 2005, n° 842, *Entreprise et expertise*, p. 24 (2^{de} partie) ; P. Mochkovitch et M. Partouche, *Le plan d'attribution gratuite d'actions, Dr. et patr.*, juin 2006, n° 149, p. 24 ; G. Morisson-Couderc, *Stock-options et attributions gratuites d'actions - un état des lieux fiscal, Dr. et patr.*, sept. 2006, n° 151, p. 54 ; N. Goulard, *Les attributions gratuites d'actions : objet de tous les désirs, Dr. et patr.*, sept. 2007, n° 162, p. 40.

4. L'art. 80 quaterdecies CGI dispose que le respect d'un délai d'indisponibilité de deux ans à compter de l'attribution définitive des titres (l'assemblée générale extraordinaire peut supprimer ou réduire le délai minimal de conservation des actions à la condition de porter le délai d'acquisition à quatre ans ; art. L. 225-197-1 C. com.), est une condition nécessaire à l'application du régime de faveur (la location des titres est assimilée à un acte de disposition). Par ailleurs, ce texte confère un caractère intercalaire à certaines opérations au regard du délai d'indisponibilité (échange d'actions sans soulte résultant d'une opération d'offre publique, de fusion, de scission, de division ou de regroupement).

options ¹. C'est ainsi qu'il convient de distinguer entre les deux événements suivants :

- *L'avantage tiré de l'attribution d'actions gratuites* (égal à la valeur des titres à la date d'acquisition).

Cet avantage est imposé entre les mains de l'attributaire, au titre de l'année de cession des actions ², à titre gratuit ou à titre onéreux, au taux de 42,1 % (prélèvements sociaux compris) ³. Toutefois, l'attributaire pourra préférer exercer une option pour l'imposition de cet avantage selon le régime des traitements et salaires ⁴ (art. 80 quaterdecies et 200 A, 6 bis CGI).

- *La plus-value (ou moins-value) de cession* (différence entre le prix de cession et la valeur des titres à la date d'acquisition).

La plus-value relève du régime des plus-values mobilières et imposée en conséquence au taux de 30,1 %, prélèvements sociaux compris (art. 200 A-2 CGI). La moins-value éventuelle est déduite du revenu imposable conformément aux règles applicables aux moins-values mobilières (art. 200 A, 6 bis CGI).

En ce qui concerne la société émettrice des actions, celle-ci peut déduire de son résultat imposable les charges subies du fait de la levée des options et les moins-values correspondantes ⁵.

Par ailleurs, les attributions d'actions gratuites sont soumises à des contributions patronales (au taux de 10 %) et salariales (au taux de 2,5 %) versées aux régimes d'assurance vieillesse (art. L. 137-13 et L. 137-14 nouv. CSS) ⁶.

538 **Privatisations** ◇ Avant cette attribution gratuite d'actions depuis 2005, ce sont les opérations de privatisation ayant débuté à la fin de 1986 (lois des

1. Sur la faculté d'octroi par une *société étrangère* mère ou filiale de l'entreprise dans laquelle l'attributaire exerce son activité, art. 80 quaterdecies II CGI. En ce qui concerne l'ISF et les droits de succession, les attributions n'entrent pas dans l'assiette pendant la période d'acquisition, mais l'intègrent dès l'attribution définitive.

2. Dans le cas d'échange d'actions sans soulte résultant d'une opération mentionnée ci-dessus, l'imposition est due au titre de l'année de la cession des actions reçues en échange des actions initiales.

3. La plus-value éventuelle est imputable sur les moins-values de cession d'autres valeurs mobilières ou sur le montant de l'avantage tiré de l'attribution ; le seuil de cession de 25 730 € annuel est applicable (art. 200 A 6 bis CGI ; sur ces questions, *supra* n° 315-1).

4. Les prélèvements sociaux, pour un taux global de 12,1 %, restent dûs par ailleurs.

5. Art. 217 quinquies CGI ; Instr. 9 avr. 2008 préc. Elles peuvent également, si elles émettent des actions nouvelles au profit de leurs salariés, déduire de l'assiette de l'impôt sur les sociétés la décote qu'elles leur consentent sur le prix d'émission des actions.

6. La première est exigible le mois suivant la date de la décision d'attribution des actions gratuites, la seconde est due aux attributions consenties à compter du 16 oct. 2007. Une option est offerte à l'employeur, s'agissant du calcul de l'assiette de la contribution patronale : soit à la juste valeur des actions (au sens de la norme comptable IAS 39), soit à la valeur des actions à la date de décision d'attribution par le conseil d'administration ou le directoire. Ce choix est exercé par l'employeur pour la durée de l'exercice pour l'ensemble des attributions gratuites d'actions ; il est irrévocable durant cette période. Enfin, cette contribution s'applique également lorsque l'option est consentie par une société mère dont le siège social est à l'étranger (recouvrement et contrôle relèvent effectués par les Urssaf).

2 juillet et 6 août 1986) ¹, reprises en 1993 (loi du 19 juillet 1993) ² et 1995-1996 ³ qui ont amené les salariés ou anciens salariés à répondre massivement aux offres qui leur étaient faites de devenir actionnaires des sociétés privatisées.

Selon l'article 11 de la loi du 6 août 1986, en cas de cession d'une participation de l'État, des actions doivent être proposées aux salariés de l'entreprise, à ceux des filiales, ainsi qu'à leurs mandataires exclusifs ou anciens salariés, s'ils justifient d'un contrat d'une durée accomplie d'au moins cinq ans avec l'entreprise ou ses filiales.

Leurs demandes doivent être intégralement servies, pour chaque opération, à concurrence de 10 % du montant de celle-ci. Si les demandes excèdent 10 % un arrêté ministériel fixe les conditions de leur réduction ⁴.

Les demandes ont été telles qu'il a été nécessaire de procéder à leur réduction ⁵. Le prix très préférentiel qui était pratiqué et les possibilités de règlement échelonné qui étaient offertes expliquent le succès.

§ 3. Le rachat de l'entreprise par ses salariés (RES) ⁶

539 Caractéristiques ◇ S'inspirant des opérations apparues aux USA dans les années 1970, puis en Grande-Bretagne, sous le nom de *leverage management buy out* (LMBO), la loi du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique a introduit en France la reprise d'entreprise par ses salariés (RES), très utilisée, lorsqu'il y a une menace sur la continuité de l'entreprise (cas d'un dirigeant âgé n'ayant pas de successeur) ou quand un groupe souhaite se délester d'une activité annexe.

Il s'agit d'une opération financière qui permet aux cadres, aidés par un groupe d'investisseurs extérieurs, de racheter l'entreprise sans faire appel à des capitaux personnels trop importants, grâce à certains avantages fiscaux. Les cadres intéressés par la reprise de l'entreprise se regroupent au sein d'une société holding. Le plus souvent, ils s'associent avec des sociétés spécialisées

1. Cf. Y. Guyon, *Actionnariat des salariés et privatisations des entreprises*, Dr. sociétés, 1987, p. 445.

2. Y. Djehane et H. Pisani, *Les privatisations millésime 1993 ou le changement dans la continuité*, Joly Bourse 1994, p. 97.

3. Péchiney, Usinor-Sacilor, Seita, Renault, AGF. Près de 70 % des salariés français de Renault ont souscrit. En Espagne, le taux de souscription a été de 64 % (*La Tribune*, 30 nov. 1994). En 1995, la participation des salariés actionnaires est de 7,5 % du capital à la Société générale, 4,8 % chez Elf Aquitaine, 4,5 % chez Rhône-Poulenc et à la BNP (*Les Échos*, 2 avr. 1996). En juin 1998, 70 % des salariés de Thomson-CSF se sont portés acquéreurs des titres de leur société (*Le Monde*, 11 juill. 1988).

4. C'est ainsi que 90 % des salariés en activité du Crédit Commercial de France (CCF) sont devenus actionnaires, la demande atteignant 3,4 fois le quota d'actions de 10 % réservé aux salariés et anciens salariés (*Notes Bleues* n° 334, 7 juin 1987). Pour la Société Générale, près de 70 % des 70 000 souscripteurs potentiels ont donné des ordres, le taux de souscription des seuls salariés en activité atteignant 87,5 % (*Notes Bleues* n° 342, 2 août 1987).

5. Ce dispositif a été légèrement modifié par la loi du 19 juill. 1993 (art. 9 et 10).

6. Ph. Raimbourg, M. Boizard, *Ingénierie financière, fiscale et juridique*, Dalloz Action, 2006-2007, n° 73.00 s.

dans le capital investissement et réalisent des opérations d'ingénierie financière sophistiquées ¹.

Les droits de vote attachés aux actions de la société nouvelle doivent être détenus par au moins quinze personnes qui, à la date du rachat, sont salariés de la société rachetée ou par au moins 30 % des salariés de cette société si l'effectif n'excède pas cinquante salariés à cette date (art. 220 nonies et 220 R. CGI) ².

La société holding acquiert le capital de la cible grâce à son propre capital et aux emprunts qu'elle souscrit (jusqu'à quatre ou cinq fois le montant de son capital). L'endettement de la holding réalise l'*effet de levier*. Les dettes souscrites sont remboursées au moyen de la remontée des dividendes versés par la filiale, ce qui suppose une société prospère pendant plusieurs années. Lorsque l'endettement est revenu à un niveau normal, généralement cinq à sept ans, les investisseurs extérieurs se retirent en revendant leurs actions soit aux cadres, soit à des tiers, soit en bourse. La fusion de la société holding et de la société reprise est un aboutissement logique une fois les emprunts remboursés ³. Actuellement, du fait de la crise économique et financière, ces montages sont devenus très fragiles, la réduction souvent drastique des dividendes ne permettant plus le remboursement des emprunts à bonne date.

À fin 2008, les établissements financiers avaient « en stock » 60 milliards d'euros de prêts accordés à des opérations de LBO. Sur cet encours, les experts estiment que près de 50 % seraient en danger, soit 28 milliards de pertes potentielles pour les banques ⁴.

SECTION 3. LA PARTICIPATION À LA GESTION

540 Évolution ◇ Le vaste débat d'idées autour de la *cogestion* et de la *cosurveillance* qui avait été revivifié en France à partir de 1975 par le rapport *Sudreau* sur la réforme de l'entreprise (*supra*, n° 529), n'a pas entraîné de

1. R. Kaddouch, *Actions de préférence ou pacte d'actionnaires* ? JCP E 2006, 1953.

2. Les sociétés constituées exclusivement à cette fin, à compter du 1^{er} janv. 2007, bénéficient ainsi, sous conditions, d'un crédit d'impôt égal au montant de l'ISF dû par la société rachetée au titre de l'exercice précédent, retenu dans la proportion des droits sociaux que ses salariés détiennent indirectement dans son capital, et dans la limite des intérêts dus par la société nouvelle, à raison des emprunts contractés pour le rachat. Ce crédit est imputé sur le montant de l'IS dû par la société holding au titre des exercices au cours desquels les intérêts d'emprunt sont comptabilisés. L'excédent éventuel est restitué.

3. Sur les risques d'une fusion rapide, Crim. 10 juill. 1995, *Bull. CNCC* n° 101-1996, p. 103, Ph. Merle ; JCP 1996, II, 780, J. Paillusseau ; *Bull. Joly* 1995, p. 1048, n° 376, A. Couret et P. Le Cannu. J. J. Uetwiller, *Les risques liés aux LBO (la fusion de la cible et du holding)*, *Rev. sociétés* 1996, p. 747. Sur les risques fiscaux, *supra* n° 281.

4. *Le Monde* 27 juin 2009. D. Caramalli, *Quelques réflexions sur la responsabilité du banquier pour soutien abusif dans un contexte de LBO en difficulté*, JCP E 2009, 1363.

résultats concrets dans les sociétés anonymes du secteur privé jusqu'à l'ordonnance du 21 octobre 1986 ¹.

La loi du 24 juillet 1966 s'était contentée de prévoir la présence de délégués du comité d'entreprise au conseil d'administration avec voix consultative (*supra*, n° 392) et de fixer les conditions dans lesquelles un salarié pouvait être élu administrateur (art. L. 225-22, *supra*, n° 389). Quant à la société avec directoire et conseil de surveillance, elle aurait dû permettre une participation active des salariés (*supra*, n° 438).

Cette timidité contraste avec le droit allemand, qui a admis depuis longtemps la présence de représentants des salariés dans les conseils de surveillance des sociétés importantes ², et avec la proposition de 5^e directive favorable à l'élection de mandataires sociaux par les salariés ³.

L'impulsion est venue de la loi de démocratisation du secteur public du 26 juillet 1983 qui a introduit la participation des représentants des salariés avec voix délibérative, aux conseils d'administration et aux conseils de surveillance des sociétés anonymes du secteur public.

Suivant la catégorie d'entreprises nationalisées, la loi organise une composition tripartite des conseils (représentants de l'État, personnes qualifiées nommés par décret, représentants des salariés élus par les salariés) ou, lorsque l'État détient une participation majoritaire mais non exclusive, une composition mixte avec des représentants du capital (État et actionnaires privés) et des représentants des salariés qui détiennent le tiers des sièges.

La loi du 2 juillet 1986, qui a décidé notamment le retour des entreprises nationalisées au secteur privé, a prévu dans son article 3-2° que le Gouvernement pouvait « modifier la législation sur les sociétés commerciales afin d'offrir aux sociétés anonymes la faculté d'introduire dans leurs statuts des dispositions prévoyant que des représentants du personnel salarié siégeront avec voix délibérative au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ». C'est en application de cette disposition qu'a été prise l'ordonnance n° 86-1135 du 21 octobre 1986 relative à la représentation du personnel salarié au sein des conseils d'administration et de surveillance.

Actuellement, pour les sociétés anonymes de droit privé qui n'ont pas été privatisées, coexistent deux régimes de participation, l'un facultatif, l'autre obligatoire (*supra*, n° 382).

1. V. cependant l'association des travailleurs à la gestion réalisée dans des sociétés de type particulier, comme les sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP) régies par la loi du 19 juill. 1978 et les sociétés anonymes à participation ouvrière (L. 26 avr. 1917 et 8 juill. 1977).

2. V. cependant sur la remise en cause de la cogestion en Allemagne, C. Weber, *Le salarié, organe de direction : le modèle allemand*, Bull. Joly, juill. 2005, n° spéc., p. 54, n° 6.

3. La proposition initiale a été présentée le 9 oct. 1972 au Conseil des Communautés. Elle a été modifiée à plusieurs reprises (cf. *supra*, n° 19).

- 541 Le régime facultatif de participation** ◇ Il est issu de l'ordonnance du 21 octobre 1986 ¹ qui a été intégrée dans les articles L. 225-27 et s. du Code de commerce. Le dispositif n'impose pas la cogestion ou la cosurveillance, il prévoit simplement, à titre facultatif, que les sociétés anonymes peuvent modifier leurs statuts, selon les règles de droit commun, pour que puissent siéger au conseil d'administration (ou au conseil de surveillance, art. L. 225-79) des représentants des salariés avec voix délibérative (art. L. 225-27, al. 1).

La *Compagnie de Saint-Gobain*, le CCF et la *Société générale* ont été les premières sociétés à modifier leurs statuts pour faire application de l'ordonnance (*supra*, n° 382).

Les statuts doivent notamment préciser le nombre de représentants des salariés (sans pouvoir dépasser quatre, ou cinq si la société est cotée, ni excéder le tiers des autres membres du conseil, art. L. 225-27) et la répartition des sièges entre cadres et non cadres. Les administrateurs élus par les salariés ont pratiquement le même statut, les mêmes pouvoirs et les mêmes responsabilités que les administrateurs nommés par l'assemblée générale des actionnaires.

- 541-1 Le régime obligatoire de participation** ◇ Ce régime a été instauré par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (art. L. 225-23) : lorsque les salariés actionnaires détiennent au moins 3 % du capital social, les sociétés ont l'obligation de nommer au conseil d'administration (ou au conseil de surveillance, art. L. 225-71) un ou plusieurs de leurs représentants ².

La nomination des administrateurs représentant les salariés actionnaires s'effectue par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires, sur proposition des actionnaires visés à l'article L. 225-102 (cf. art. L. 225-23, al. 1^{er}) ³. Ces administrateurs ont le même statut, les mêmes pouvoirs et les mêmes responsabilités que les autres administrateurs. Leur mandat, qui ne peut pas excéder six ans, prend fin par l'arrivée du terme ou la rupture de leur contrat de travail.

Si l'assemblée n'élit pas de salarié actionnaire au conseil d'administration, celui-ci est irrégulièrement composé. La disposition violée étant impérative, les résolutions adoptées peuvent être annulées (art. L. 235-1, al. 2).

1. A. Couret, *La participation des salariés à la gestion des sociétés anonymes* (ordonnance du 21 oct. 1986), *Bull. Joly* 1986, p. 987 ; A. Le Fèvre, *La participation des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes ; Le régime institué par l'ordonnance n° 86-1134 du 21 oct. 1986*, *Rev. sociétés* 1987, p. 189 ; Y. Reinhard, obs. *RTD com.* 1987, p. 201, n° 1 ; J.-J. Daigre, *Les représentants salariés élus au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes*, *Dr. sociétés* 1987, p. 450.

2. B. Saintourens, *La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés*, *Bull. Joly* 2002, p. 461, n° 101 ; cf. égal. les commentaires de C. Malecki, *JCP E* 2002, n° 915, p. 986 ; J. M. Moulin, *Bull. Joly* 2002, p. 571, n° 128. Sur la sanction de l'absence de désignation d'administrateur, cf. les obs. critiques de J. P. Chazal et Y. Reinhard, *RTD com.* 2003, p. 324.

3. La loi du 30 déc. 2006 a prévu que les conditions de mise en œuvre de la mesure devaient être fixées par les statuts des seules sociétés dont les titres sont cotés sur un marché réglementé.

542 La participation dans les sociétés privatisées ¹ ◇ La loi du 25 juillet 1994 ² a instauré un dispositif obligatoire pour les sociétés privatisées en application de la loi du 19 juillet 1993. En effet, les statuts des sociétés ont dû être modifiés par une assemblée extraordinaire tenue avant le transfert au secteur privé pour stipuler que le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance) devait comprendre des salariés-administrateurs.

Si le conseil comptait moins de quinze membres, deux devaient représenter les salariés et un les salariés actionnaires. Si le conseil comprenait quinze membres ou plus, trois devaient représenter les salariés et un les salariés actionnaires.

A été ainsi prise en compte la « culture d'entreprise » de ces sociétés qui associent depuis longtemps leurs salariés à la gestion et le fait qu'à l'occasion des privatisations, les salariés se sont porté massivement acquéreurs des titres qui leur étaient réservés.

1. Sur la nécessité pour le salarié de détenir des actions de la société, une fois qu'il a été élu administrateur, cf. R.M. JO déb. AN 18 juin 1990, p. 2934 ; *Bull. Joly* 1990, p. 630, n° 172 ; *JCP E* 1991, I, 22, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. V. les commentaires A. Sauret, *JCP E* 1994, I, 383 ; G. Baranger, *Bull. Joly* 1995, p. 398, n° 135 ; *Dr. sociétés* janv. 1995, p. 33 ; D. 11 avr. 1995, D. 1995, L. 280 ; Circulaire 9 mai 1995, *JCP E* 1995, III, 67514.

CHAPITRE 7

LA VIE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

La vie sociale se déroule conformément aux règles légales et statutaires. De façon quelque peu arbitraire on distinguera le fonctionnement normal de la société (section 1), des incidents de fonctionnement (section 2), avant d'examiner l'opération de transformation de la société (section 3) et les événements qui peuvent conduire à sa disparition (section 4).

SECTION 1. LE FONCTIONNEMENT NORMAL DE LA SOCIÉTÉ

La vie de la société est généralement prévue pour la durée maximale autorisée de quatre-vingt-dix-neuf ans (art. L. 210-2). Cette vie est divisée en *exercices sociaux* (sous-section 1), ce qui conduit les actionnaires à se réunir une fois par an en assemblée générale ordinaire. C'est le rythme de croisière de la société. Se rattachent également à ce fonctionnement normal de la société, les opérations entraînant une *modification du capital social* (sous-section 2) qui obligent à convoquer une assemblée générale extraordinaire.

Les réformes législatives incessantes que nous connaissons obligent souvent à modifier les statuts des sociétés, même si ce sont des statuts simplifiés (*supra*, n° 58).

SOUS-SECTION 1. Les exercices sociaux

Chaque année les actionnaires doivent se réunir pour se prononcer sur les comptes (§ 1) et décider de l'affectation des résultats (§ 2).

§ 1. L'approbation des comptes

- 543 **Établissement des comptes** ◇ Les sociétés anonymes, comme tout commerçant, doivent tenir une comptabilité régulière. Elles sont donc tenues d'*enregistrer* chronologiquement les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise, de *contrôler par inventaire*, au moins une fois tous les douze mois¹, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du

1. Lorsque la société veut modifier les dates d'ouverture et de clôture d'un exercice social, la décision doit être prise, avant l'expiration de l'exercice, par l'assemblée générale extraordinaire, puisqu'il s'agit d'une modification statutaire (art. L. 225-96, al. 1). Sur une éventuelle indétermination de la durée des exercices sociaux, Paris, 21 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 966, n° 246, J.-M. Bahans et D. Lencour ; *RTD com.* 2000, p. 654, Cl. Champaud et D. Danet.

patrimoine de l'entreprise, et d'établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe formant un tout indissociable (art. L. 123-12) ¹.

Doivent être annexés au bilan un état des cautionnements, avals et garanties donnés par la société ; un état des sûretés consenties par elle (art. L. 232-1-I, 1° et 2°) ; et, si la société a des filiales et participations, un tableau faisant apparaître leur situation (art. L. 233-15).

Les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé sont tenues d'annexer à leurs comptes annuels un tableau relatif à la répartition et à l'affectation des sommes distribuables qui seront proposées à l'assemblée générale (art. L. 232-7 nouv.).

Les comptes annuels doivent être « réguliers, sincères et donner une image fidèle ² du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise » sous peine de sanctions pénales envers les dirigeants (art. L. 123-14 ; L. 242-6-2° ; L. 242-30) ³. La présentation des comptes comme les méthodes d'évaluation retenues ne peuvent être modifiées d'un exercice à l'autre, sauf circonstance exceptionnelle (art. L. 123-17). Les comptes doivent respecter le principe de prudence ; et pour leur établissement la société est présumée poursuivre ses activités (art. L. 123-20, al. 1) ⁴.

Lorsque la société est à la tête d'un groupe, elle doit également, outre ses comptes annuels, publier des comptes consolidés (art. L. 233-16 ; *infra*, n° 664) ⁵.

1. M. Pédamon, n°s 178 s. ; C. de Lauzainghein, J. L. Navarro, D. Nechelis, n°s 391 s.

2. M. Pitron et J. P. Pham-Ba, *L'image fidèle de l'entreprise. Du principe à la réalité*, JCP E 2003, 105. La présentation de comptes infidèles peut constituer un dol indépendamment des manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie, Com. 26 mai 2009, BRDA n° 11-2009, p. 4.

3. Crim. 26 mars 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 632, B. Boulloc (manipulations informatiques ; comptes annuels ne donnant pas une image fidèle) ; Crim. 9 juill. 1996, *D. aff.* 1996, p. 1267 (prescription à compter de leur publication) ; Crim. 29 nov. 2000, BRDA n° 5-2001, p. 6 (condamnation d'un administrateur pour présentation de comptes qu'il savait inexacts) ; Crim. 30 janv. 2002 (aff. *Crédit Lyonnais*) *Dr. sociétés* 2002, n° 197, F. X. Lucas ; JCP E 2002, n° 1639, § 5, J. J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker (action civile d'un porteur de titres ayant subi une préjudice personnel direct à la suite du délit de présentation ou publication de comptes infidèles) ; Crim. 17 oct. 2007, BRDA n° 2-2008, p. 4 (comptes infidèles d'une société d'assurance mutuelle) ; T. corr. Paris 12 sept. 2006 (aff. *Sidel*) *Rev. sociétés* 2007, p. 102, J. J. Daigre ; *Bull. Joly* 2007, p. 119, n° 14, J. F. Barbière (indemnisation d'actionnaires trompés par des comptes infidèles ou des informations inexacts) et sur appel, concernant les seules conséquences civiles, Paris 31 oct. 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 121, J. J. Daigre ; cf. égal. pour une étude d'ensemble, F. Danos, *La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, RJDA 2008, p. 471 ; H. Matsopoulou, *Le faux bilan et les actions judiciaires en droit français*, *Petites Affiches* 19 sept. 2001, p. 9.

4. Autrement dit, l'entreprise doit être considérée comme n'ayant ni l'intention, ni l'obligation de se mettre en liquidation, ni même de réduire sensiblement l'étendue de ses activités. Cf. C. de Lauzainghein, J.-L. Navarro, D. Nechelis, n°s 391 s.

5. Depuis la loi NRE, les comptes consolidés doivent être approuvés par l'assemblée des actionnaires (art. L. 225-100). Cependant, si ces comptes consolidés sont irréguliers, la loi n'a pas prévu de sanctions pénales à l'encontre des dirigeants de la société consolidante.

Depuis la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises, les sociétés commerciales d'une certaine importance doivent établir des *documents prévisionnels* : situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible ; compte de résultat prévisionnel, tableau de financement ; plan de financement prévisionnel (art. L. 232-2, R. 232-3) ¹. Ces documents de gestion prévisionnelle doivent être analysés par le conseil d'administration (ou le directoire) dans des rapports écrits sur l'évolution de la société (art. L. 232-3) et communiqués dans les huit jours de leur établissement simultanément au commissaire aux comptes, au comité d'entreprise et le cas échéant au conseil de surveillance, mais pas aux actionnaires (art. L. 232-3, al. 1 ; R. 232-6) ².

L'obligation d'établir ces documents de gestion prévisionnelle est applicable aux sociétés commerciales, quelle que soit leur forme qui, à la clôture de leur exercice social, auront employé au moins 300 salariés ou auront réalisé un chiffre d'affaires net d'au moins dix-huit millions d'euros (art. L. 232-2 ; R. 232-2, al. 1).

544 Procédure préalable à la tenue de l'assemblée ◇ Dans les quatre mois de la clôture de l'exercice, le conseil d'administration (ou le directoire) doit se réunir pour **arrêter les comptes** de l'exercice écoulé, les commissaires aux comptes ayant été convoqués (cf. art. L. 232-1 ss., R. 232-3, 2^o a) ³. Le rapport de gestion est généralement établi lors de cette réunion. Un mois au moins avant la convocation de l'assemblée, les comptes annuels et le rapport de gestion sont tenus à la disposition des commissaires aux comptes, au siège social (art. R. 232-1). Quinze jours avant la tenue de l'assemblée, tous les documents qui lui sont soumis doivent être prêts, notamment le rapport général et les rapports spéciaux des commissaires aux comptes, afin de pouvoir être communiqués aux actionnaires.

Dans les sociétés à structure duale, le directoire doit présenter au conseil de surveillance, aux fins de vérification et de contrôle les comptes, ainsi qu'éventuellement les comptes consolidés, dans les trois mois de la clôture de l'exercice (art. L. 225-68, al. 5 ; R. 225-55). Le conseil de surveillance présentera à l'assemblée générale ses propres observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice (art. L. 225-68 *in fine*).

1. Documents à établir dans les quatre mois de l'ouverture de l'exercice ou dans les quatre mois qui suivent la clôture du premier semestre de l'exercice (cf. art. R. 232-13), sous peine de délit d'entrave, Crim. 18 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 646, n^o 217.

2. Y. Guyon, *L'information prévisionnelle*, JCP E 1985, I, 14608 ; A. Brunet et M. Germain, *L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes*, préc., *Rev. sociétés* 1985, p. 1, spéc. n^{os} 44 et s. *Adde* R.M. JO déb. AN 12 janv. 1987, p. 165 ; *Rev. sociétés* 1987, 334, indiquant qu'il importe de conserver à ces documents un caractère confidentiel, ce qui explique que leur publication a été exclue et qu'il a paru préférable de ne pas prévoir leur communication aux actionnaires.

3. Sur la responsabilité de l'expert-comptable qui assiste à la réunion du conseil d'administration et ne donne pas aux administrateurs les informations nécessaires à la compréhension des comptes, Com. 1^{er} déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 354, n^o 68, J.-F. Barbieri ; *RTD com.* 1999, p. 130, Cl. Champaud et D. Danet.

Le **rapport de gestion** établi par le conseil d'administration (ou le directoire) ¹ est, avec les comptes de l'exercice, l'élément essentiel de l'information des actionnaires. Ce rapport doit comprendre une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement au regard du volume et de la complexité des affaires (art. L. 225-100, al. 3).

Dans les sociétés les plus importantes (cf. art. L. 225-100-1 nouv.), le rapport doit contenir des indicateurs clés de performance, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel ainsi qu'une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée (cf. art. L. 225-100).

Doit être également joint à ce rapport un tableau récapitulatif des délégations en cours de validité accordées par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration (ou au directoire) dans le domaine des augmentations de capital. Ce tableau doit faire apparaître l'utilisation qui a été faite de ces délégations au cours de l'exercice (al. 7).

Le rapport doit aussi rendre compte de l'état de la participation des salariés au capital social au dernier jour de l'exercice. Si le seuil de 3 % est atteint, l'AGE devra décider si un ou deux administrateurs doivent être nommés parmi les salariés actionnaires (art. L. 225-102 ; *supra*, n° 541-1).

Le cas échéant, le rapport doit notamment mentionner les modifications apportées au mode de présentation des comptes ou aux méthodes d'évaluation (art. L. 232-6) ; l'activité des filiales de la société et des sociétés contrôlées par elle ; les prises de participation significatives ou les prises de contrôle (art. L. 233-6, et sur les sanctions pénales L. 247-1) ; certains renseignements relatifs à la répartition du capital et aux actions d'auto-contrôle (art. L. 233-13 ; et sur les sanctions pénales L. 247-2) ; les dividendes versés au titre des trois exercices précédents et l'avoir fiscal correspondant (art. 243 bis CGI).

Au rapport du conseil d'administration (ou du directoire) doit être obligatoirement joint un *tableau* faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices (art. R. 225-102).

Depuis la loi NRE, le rapport du conseil d'administration (ou du directoire) doit également rendre compte ² de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés à chaque mandataire social par la société et les sociétés qu'elle contrôle. Il comprend la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés par chacun de ces mandataires ainsi que, si la société est cotée, des informations sur la manière dont la société prend en compte les **conséquences sociales et environnementales** de son activité (art. L. 225-

1. Th. Granier, *Le rapport de gestion après l'ordonnance du 20 décembre 2004*, *Rev. sociétés* 2005, p. 315 ; V. Médail, *Contenu du rapport de gestion : l'inflation continue*, *JCP E* 2005, p. 264 ; A. Theimer, *L'établissement du rapport de gestion en cas de changement de mandataires sociaux en cours d'exercice*, *JCP E* 2004, 1474 ; cf. égal. ord. 20 déc. 2004, *BRDA* n° 2-2005, p. 3.

2. Dans les seules sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 (cf. *supra*, n° 390-1).

102-1) ¹. Un **rapport spécial** du conseil d'administration (ou du directoire) informe également chaque année l'assemblée des **options** consenties à chacun des mandataires sociaux et des dix salariés, non mandataires, dont le nombre d'options consenties est le plus élevé. Le rapport doit aussi donner des informations sur les conditions d'exercice de ces options (cf. art. L. 225-184 nouv.). Le président doit également rendre compte dans un rapport joint au rapport de gestion des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société (art. L. 225-37, al. 6 nouv.) ². Le commissaire aux comptes doit lui-même présenter ses observations sur le rapport du président (art. L. 225-235 nouv.).

Sous l'influence du gouvernement d'entreprise ³, au nom de la transparence, les actionnaires disposent désormais d'une information complète, et qui est également sincère, grâce à l'intervention des commissaires aux comptes.

Le *défaut de rapport* du conseil d'administration (ou du directoire) devant l'assemblée générale ordinaire annuelle entraînerait la nullité de l'assemblée (art. L. 225-100, al. 2 ; L. 225-121) et exposerait les dirigeants à des sanctions pénales (art. L. 242-10).

545 Délibération de l'assemblée sur les comptes ◇ L'assemblée générale ordinaire annuelle doit être réunie *dans les six mois de la clôture de l'exercice* ⁴, sous réserve de prolongation de ce délai par le président du tribunal de commerce statuant sur requête (art. L. 225-100, al. 1 ; R. 225-64) ⁵. À

1. Cf. D. 20 févr. 2002, arrêté 30 avr. 2002 et les commentaires d'A. Lienhard, D. 2002, p. 874 ; A. Sobczak, JCP E 2003, p. 598, n° 542 ; C. Malecki, D. 2003, p. 818 ; Com. 26 févr. 2008, RTD com. 2008, p. 576, Cl. Champaud et D. Danet ; Civ. 3^e 17 déc. 2008, Bull. Joly 2009, p. 366, n° 72, B. Rolland. Adde, F. G. Trébulle, *L'environnement en droit des affaires* in Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 1035 ; id., *Entreprise et développement durable*, JCP E 2007, 1957. V. la position de certains auteurs en faveur d'une responsabilité du groupe en cas de **dommage écologique**, F. X. Lucas, *Développement durable et droit des sociétés*, Bull. Joly 2008, p. 267 ; F. G. Trébulle, *Vous avez dit « durable »*, id. p. 272 ; B. Rolland, *Responsabilité environnementale : qui va payer ?* Bull. Joly 2008, p. 356, n° 77.

2. Depuis la « loi Breton » du 26 juill. 2005, cette obligation ne pèse plus que sur les sociétés dont les titres financiers sont admis sur un marché réglementé (*supra*, n° 393).

3. V. également, depuis la loi de sécurité financière, les informations relatives aux procédures de contrôle interne données par le président du conseil d'administration et le commissaire aux comptes (*supra*, n°s 423, 512). L'AMF a souligné l'amélioration de la qualité de l'information en matière de gouvernement d'entreprise et de contrôle interne, cf. 5^e Rapport 2008, D. 2008, p. 2925.

4. En 1990, les deux tiers des sociétés anonymes et des SARL clôturaient leur exercice le 31 déc. (*Notes Bleues*, 1990-3, p. 14). Cette pratique perdure.

5. S. de Vendeuil, JCP E 1996 panor. p. 84. L'existence d'une partie adverse oblige à statuer en la forme des référés, T. com. Paris (ord.) 5 juin 1989 (aff. LVMH), JCP E 1989, II, 15562, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain. Les textes n'imposent pas au juge de limiter à l'année en cours la prorogation du délai, Paris, 14 nov. 1989 (LVMH), Bull. Joly 1990, p. 82, n° 14.

défaut de réunion, les dirigeants s'exposeraient à des sanctions pénales (art. L. 242-10) ¹.

Le rapport du conseil d'administration (ou du directoire et du conseil de surveillance) est présenté à l'assemblée. Les actionnaires entendent les rapports des commissaires aux comptes, le rapport général relatant l'accomplissement de leur mission par les commissaires (art. L. 225-100, al. 8) et le rapport spécial traitant des conventions passées entre la société et ses dirigeants (*supra*, n° 401).

Ainsi éclairée, l'assemblée délibère et statue sur les comptes sociaux et sur les comptes consolidés. Il est rare qu'elle rejette les comptes qui lui sont présentés, sauf à révoquer ensuite les dirigeants en place et à intenter éventuellement une action en responsabilité contre eux. Une modification des comptes en cours de séance, faisant suite à une résolution proposée par un actionnaire, est théoriquement possible en application du pouvoir souverain dont dispose l'assemblée ². Le plus souvent cependant, les actionnaires approuvent les comptes ³, et donnent quitus aux dirigeants de leur gestion (*supra*, n° 412). Il leur faut ensuite procéder à l'affectation du résultat.

Dans le mois qui suit l'assemblée, deux exemplaires des différents documents présentés (bilan, compte de résultat, annexe, rapport de gestion, rapports des commissaires aux comptes, proposition d'affectation du résultat et résolution votée...) doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce (art. L. 232-23, 1) à peine d'une simple amende de cinquième classe ⁴, sanction peu efficace (art. R. 247-3) ⁵. Heureusement, l'art. L. 123-5-1 prévoit qu'à la demande de toute personne intéres-

1. Pour que les dirigeants puissent échapper aux sanctions pénales, leur requête doit être présentée avant l'expiration du délai de six mois, T. corr. Paris, 22 janv. 1981, *Rev. sociétés* 1981, 813, B. Boulloc. Rapp. pour une SARL, Crim. 4 juill. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 113, B. Boulloc.

2. L'assemblée peut ainsi décider de constituer une provision plus importante pour les créances d'un recouvrement douteux, ou modifier le montant des amortissements proposé. Cf. R.M. JO déb. AN 5 avr. 1972, p. 819 ; *RTD com.* 1972, p. 412, n° 22, R. Houin, et p. 118, n° 8.

3. Sur la responsabilité personnelle d'actionnaires ayant fautivement approuvé les comptes, Com. 3 oct. 2006, *RTD com.* 2007, p. 179, P. Le Cannu.

4. V. sur l'état de nécessité lié à des questions sécuritaires, vainement invoqué par un bijoutier pour ne pas déposer ses comptes, Crim. 1^{er} juin 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1367, n° 297, V. Malabat ; D. 2005, p. 1777, A. Lienhard (comptes d'une SARL).

5. Cet article, modifié par le décret du 11 déc. 2006, met fin à la controverse portant sur le point de savoir si la sanction pénale existait toujours, cf. C. Mascala, D. 2007, p. 1629 ; Amiens (cor.) 31 août 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 191, n° 42, J. Lefebvre (prescription). En pratique, cette obligation de dépôt, qui porte atteinte au secret des affaires, est bien respectée par les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne grâce à l'AMF. Pour les autres sociétés, l'efficacité du système repose sur la vigilance des greffiers des tribunaux de commerce, obligés de se livrer à de nombreuses relances auprès des sociétés négligentes ou de celles qui préfèrent payer des amendes plutôt que de déposer leurs comptes. C'est ainsi qu'en 2003, 50,4 % des sociétés anonymes, 62,2 % des SARL et 87,7 % des SNC avaient méconnu leurs obligations de divulgation comptable (Rapport Sén. Hyest, session 2004-2005, n° 335, p. 99). L'obligation de déposer est particulièrement mal respectée en Allemagne, ce qui crée de fâcheuses distorsions de concurrence, cf. sur la condamnation de l'Allemagne, CJCE 29 sept. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1300, n° 389, M. Luby ; CJCE 22 avr. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 415, Y. Guyon. Rapp. CJCE 15 janv. 2002, *RTD com.* 2002, p. 314, Cl. Champaud et D. Danet.

sée ou du Parquet, le président du tribunal, statuant en référé, peut enjoindre sous astreinte au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes auquel celle-ci est tenue par la loi et le règlement ¹. Le président peut aussi désigner un mandataire ad hoc chargé d'effectuer ces formalités ². Enfin, depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, l'article L. 611-2, II prévoit que lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus, le président du tribunal de commerce peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte ³.

Cette publicité s'impose en application de la IV^e directive communautaire du 25 juillet 1978 ⁴. Ce dépôt est ensuite annoncé par un avis au BODACC inséré à la diligence du greffier (art. R. 232-21).

Les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ont des obligations de publicité supplémentaires, avec diffusion par voie électronique et dépôt auprès de l'AMF (cf. art. L. 451-1-2 nouv. C. mon. et art. 222-1 s. Règl. gén. AMF). Cependant, les publicités à effectuer au BALO ont été allégées par un décret du 13 mars 2008 ⁵.

§ 2. L'affectation du résultat

Deux situations doivent être distinguées suivant qu'existent des bénéfices distribuables (n^{os} 546 s.) ou non (n^o 550).

- 546 Existence de bénéfices distribuables** ◇ Tous les bénéfices réalisés par la société ne sont pas distribuables. Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire (art. L. 232-11, al. 1). En outre l'assemblée peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition ; en ce cas, la décision doit indiquer expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice (al. 2).

La décision de distribuer un dividende ou d'affecter les bénéfices à une réserve libre implique également qu'auparavant aient été apurées les pertes éventuelles réalisées lors des exercices antérieurs, prélevées les sommes nécessaires au paiement de l'impôt sur les sociétés et constituées les réserves légalement obligatoires et statutaires.

- 547 Réserve légalement obligatoire** ◇ À peine de nullité de toute délibération contraire, dans les sociétés par actions (et dans les SARL), il doit être fait

1. TGI Avesne sur Helpe (ord.) 15 nov. 2007, JCP E 2008, 1282, C. Delattre.

2. Com. 6 déc. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 323, F. Pasqualini.

3. N. Stolowy, *De nouvelles injonctions en matière de publication de comptes par les sociétés*, *Dr. sociétés*, avr. 2006, p. 9 ; JCP E 2006, 1462.

4. R.M. JO déb. AN 22 juill. 1996 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 874.

5. Cf. BRDA n^o 7-2008, p. 16.

sur le bénéfice de l'exercice diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve dit « *réserve légale* ». Ce prélèvement de 5 % cesse d'être obligatoire lorsque la réserve atteint le dixième du capital social (art. L. 232-10, al. 1 et 2). Mais si le capital est augmenté, la constitution de la réserve légale doit être poursuivie parallèlement.

Cette réserve est présentée comme une garantie des créanciers de la société. Elle permet de renforcer leur gage, le capital étant souvent trop faible. La réserve légale ne peut être ni distribuée aux actionnaires sous forme de dividendes, il y aurait dividendes fictifs (art. L. 232-12, al. 3) ; ni utilisée pour amortir le capital. En cas de pertes, elle sert à combler les déficits lorsqu'ils ne peuvent pas être imputés sur d'autres réserves (*infra*, n° 550).

Doit être également constituée la « *réserve spéciale de participation des salariés* » (*supra*, n° 533), la société devant attendre l'exercice suivant celui au cours duquel est réalisé le bénéfice ouvrant droit à l'intéressement pour doter cette « réserve » ¹.

On rapprochera de ces réserves légales les réserves fiscales et de réévaluation. Pour bénéficier de régimes fiscaux favorables, les sociétés doivent créer à leur bilan un compte de réserve spéciale. Ainsi les sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés ont-elles été longtemps tenues de porter à ce compte les plus-values nettes à long terme diminuées de l'impôt sur les sociétés les ayant frappées ².

La réserve de réévaluation ne correspond pas à des bénéfices non distribués. Elle traduit au passif du bilan les majorations apportées à la valeur de certains éléments d'actif pour tenir compte de la dépréciation monétaire. Les dernières réévaluations légales ont été imposées par les lois des 29 décembre 1976 et 30 décembre 1977. Une réévaluation libre est toutefois possible (*cf.* art. L. 123-17 et L. 123-18 al. 4) ³.

548 Réserves statutaires ◇ Ces réserves ne sont pas imposées par la loi, mais, lorsqu'elles sont *prévues par les statuts*, l'assemblée générale annuelle doit les constituer. Elles ne peuvent être utilisées ni pour une distribution aux actionnaires, ni pour un achat ou un remboursement d'actions de la société

1. Le terme « réserve » est impropre car il s'agit d'une dette de la société à l'égard de ses salariés, et la société n'en a pas la libre disposition.

2. Art. 209 quater 1 et 219 I-a quinquies CGI, *cf. Mémento Fiscal*, n°s 1695 s.

3. La *réévaluation d'un bilan* a pour conséquence une augmentation corrélative de l'actif net, donc du bénéfice imposable de la société (art. 38-2 CGI). En conséquence, cette opération ne présente en principe d'intérêt que lorsque la société dispose d'un report déficitaire qu'elle souhaite imputer rapidement. En outre, elle permet, pour l'avenir, de procéder à des amortissements accrus et de réaliser des plus-values moindres, mais risque d'entraîner une augmentation de la taxe professionnelle. CAA Douai 22 mai 2001, *SA Etablissements Alfred Dupont*, RJF 11/01, n° 1366 ; *Dr. fisc.* 2002, n° 9, comm. 182 ; *RTD com.* 2003, p. 183, obs. F. Deboissy (hypothèse d'abus de droit non retenue). À relever, pour les entreprises qui réévaluent, entre le 1^{er} janv. 2004 et le 31 déc. 2009, leurs immeubles et titres de sociétés à prépondérance immobilière (art. 171 P bis Ann. II CGI) inscrits à l'actif, la faculté de bénéficier d'un taux réduit d'IS à 19 % ; en contrepartie, la société doit s'engager à conserver les biens et titres concernés pendant au moins cinq ans (art. 238 bis JA CGI). Les plus-values nettes dégagées peuvent se compenser euro pour euro avec les déficits ordinaires : décision de rescrit 2008/3 (FE) du 29-1-2008.

(art. L. 232-11, al. 1). Elles sont affectées au comblement des pertes (*infra*, n° 550).

Ces réserves statutaires sont jugées aujourd'hui beaucoup trop contraignantes et elles deviennent très rares en pratique. On préfère prévoir dans les statuts la possibilité pour l'assemblée générale de prélever sur les bénéfices, des sommes destinées à constituer des **réserves facultatives**, sous le nom également de « fonds de prévoyance », de « réserve générale » ou de « réserves libres ».

Le **report à nouveau** représente une partie des bénéfices laissés en instance d'affectation jusqu'à la prochaine assemblée annuelle. À la différence des réserves, il n'a qu'un caractère temporaire et il est généralement d'un faible montant. Le compte « report à nouveau » peut également être débiteur (*infra*, n° 550).

549 **Distribution de dividendes ou affectation à la réserve facultative**

◇ L'assemblée générale ayant approuvé les comptes de l'exercice et constaté l'existence de sommes distribuables, après avoir effectué les différentes dotations obligatoires ¹, se trouve en face d'un choix consistant à mettre en réserve tout ou partie des bénéfices ou à les distribuer sous forme de dividendes ². La décision oppose souvent les dirigeants sociaux aux actionnaires minoritaires ³.

Les **dirigeants** souhaitent en effet généralement doter de façon substantielle la réserve facultative (libre). Leurs motifs peuvent être très variés : autofinancer les investissements de l'entreprise, développer un « trésor de guerre » pour pouvoir prendre des participations ou se prémunir contre des risques futurs ou encore régulariser le montant des dividendes d'une année sur l'autre.

Les **minoritaires**, pour leur part, souhaitent toucher le plus rapidement le dividende le plus élevé possible. Ils ont donc tendance à alléguer facilement un **abus de majorité** dont ils seraient victimes. Les juges considèrent presque toujours qu'il y a un intérêt social au moins virtuel à constituer des réserves ⁴. Ils exigent donc que les demandeurs prouvent que la décision d'affectation des bénéfices aux réserves a été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité (*infra*, n°s 578 s.) ⁵. Et ce n'est

1. Si des *prêts participatifs* ont été consentis, ils doivent être rémunérés sous forme d'un prélèvement prioritaire sur le bénéfice distribuable avant toute autre affectation (art. 28 L. 13 juill. 1978).

2. Le choix de l'assemblée n'est évidemment plus libre dès lors qu'un acompte sur dividende a déjà été distribué (art. L. 232-12, al. 2 ; *supra*, n° 299).

3. M. Albouy et P. Dumontier, *La politique du dividende des entreprises*, PUF 1992.

4. Com. 23 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 624, n° 257 ; *RTD com.* 1988, p. 71, n° 2, Y. Reinhard (affectation totale des bénéfices pendant 10 ans à la réserve extraordinaire, alors que les administrateurs perçoivent de substantiels jetons de présence pendant cette période).

5. Com. 18 avr. 1961, *JCP* 1961, II, 12164, D. Bastian ; *RTD com.* 1961, p. 634, n° 8, R. Houin ; *rappr.* Com. 9 nov. 1966, *JCP* 1967, II, 15250.

qu'exceptionnellement que les tribunaux annulent une constitution de réserves libres.

Ainsi a été jugée abusive l'attitude des dirigeants qui n'avaient distribué pendant vingt ans aucun dividende, mettant en réserve des sommes considérables atteignant 161 fois le montant du capital social, et qui ne correspondaient ni à l'objet, ni aux intérêts de la société, puisqu'elles étaient purement et simplement thésaurisées sur des comptes bancaires et de chèques postaux de la société ¹.

En pratique, dans les petites sociétés familiales, les distributions de dividendes sont généralement très faibles, les profits étant absorbés par les rémunérations versées aux dirigeants et les intérêts versés aux comptes courants d'associés ². Dans les sociétés, dont les actions sont cotées en bourse, les dividendes sont peu importants : 3,63 % en 2003, 3,12 % en 2006 et 2007 pour les sociétés du CAC 40 ³, si bien que les épargnants, en acquérant des actions, espèrent moins un revenu qu'une plus-value lorsque le marché est bien orienté (*supra*, n° 295).

Depuis la loi du 3 janvier 1983, l'assemblée peut offrir à chaque actionnaire la faculté de demander que le dividende lui soit versé en numéraire ou sous forme d'actions (art. L. 232-18, al. 1 C. com., *supra*, n° 300). La mise en paiement du dividende doit avoir lieu dans un délai maximal de neuf mois après la clôture de l'exercice, sauf prolongation accordée par le président du tribunal de commerce statuant sur requête (art. L. 232-13, al. 2 ; R. 232-18 ; sur le dividende cf. *supra*, n°s 294 s.).

550 Absence de bénéfices distribuables ◇ Si les comptes de la société ne font pas apparaître de bénéfice distribuable (*supra*, n° 546), aucun dividende ne peut être alloué aux actionnaires, sinon il y aurait *distribution de dividendes fictifs* (*supra*, n° 297). Les pertes constatées peuvent recevoir différentes affectations. L'assemblée peut laisser subsister ces pertes dans le compte « report à nouveau » ou les imputer sur les comptes de réserves, y compris la réserve légale (*supra*, n° 547). En cas de perte de la moitié du capital social, une consultation des actionnaires est imposée afin que ceux-ci se prononcent sur la dissolution éventuelle de la société (*infra*, n° 587).

1. Com. 22 avr. 1976 (aff. Langlois), D. 1977, p. 5, J. Cl. Bousquet ; M. Germain, *L'abus du droit de majorité* (à propos de l'arrêt du 22 avr. 1976 de la Cour de cassation), Gaz. Pal. 1977, I, doct., 157 (solution rendue à propos d'une SARL mais bien entendu transposable à une SA). Dans le même sens, Pau 10 mars 1989, Bull. Joly 1989, p. 883, n° 308 (incorporation des réserves) ; Civ. 1^{re}, 13 avr. 1983, Gaz. Pal. panor. 1983, II, 239, J. Dupichot ; Rouen, 23 janv. 1986 (pour une société civile), JCP E 1987, 16 122, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain. Cf. Ph. Reigné, *L'abus de majorité par mise en réserve systématique des bénéfices sociaux et par incorporation de réserves au capital social*, Rev. fr. comptabilité, avr. 1990, p. 82.

2. Sur la fiscalité des dividendes, *supra* n° 301 ; sur la fiscalité des dirigeants de sociétés anonymes, *supra* n°s 389, 390, 390-2 et 432 ; sur la fiscalité des comptes courants d'associés, *supra* n° 29-1.

3. Les Échos, 5 févr. 2008. L'estimation est de 3,73 % pour 2008.

TEXTE DU PROJET DES RÉSOLUTIONS PRÉSENTÉES PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

PREMIÈRE RÉSOLUTION

L'assemblée générale ordinaire, après avoir entendu la lecture du rapport de gestion du conseil d'administration ainsi que celle des rapports des commissaires aux comptes sur leur mission de vérification et de contrôle, approuve lesdits rapports dans toutes leurs parties ainsi que les comptes de l'exercice clos le 31 décembre 1993 tels qu'ils sont établis et présentés.

En conséquence, elle approuve tous les actes et conventions accomplis et effectués au cours dudit exercice, tels qu'ils résultent desdits rapports et comptes, lesquels font ressortir un résultat positif de 1 148 605 250,32 F, et donne quitus de leur mandat aux membres du conseil d'administration pour leur gestion au cours de cet exercice.

DEUXIÈME RÉSOLUTION

L'assemblée générale ordinaire constate que le bénéfice de l'exercice, qui s'élève à 1 148 605 250,32 F diminué d'un dotation à la réserve légale de 166 595,50 F afin de porter son montant à 10 % du capital, augmenté du report à nouveau bénéficiaire antérieur de 532 365 127,87 F forme une masse distribuable de 1 680 803 782,69 F Elle décide, sur proposition du conseil d'administration, de lui donner l'affectation suivante :

– distribution d'un dividende de 2,50 F pour chacune des 93 862 677 actions qui composaient le capital au 31 décembre 1993, soit un montant global maximal de 234 656 692,50 F
– inscription du solde, au poste de report à nouveau, soit un montant minimal de 1 446 147 090,19 F
total 1 680 803 782,69 F

étant entendu que les actions qui seraient détenues par la Société elle-même à la date du paiement du dividende n'ayant pas droit à celui-ci, la somme non distribuée de ce fait sera en conséquence portée au poste de report à nouveau après constatation de son montant par le conseil d'administration.

Le dividende de 2,50 F par action sera assorti d'un avoir fiscal de 1,25 F portant le revenu total à 3,75 F par action. Il sera payable à compter du 6 juillet 1994 aux titulaires d'actions nominatives ou à leurs représentants qualifiés, par chèque ou virement.

Il est rappelé que, conformément à la loi, les dividendes mis en paiement au titre des trois derniers exercices et les avoir fiscaux y afférents se sont élevés aux sommes suivantes :

(en francs)	1990	1991	1992
Dividende	4,00	–	2,20
Avoir fiscal	2,00	–	1,10
Dividende global	6,00	–	3,30
Dividende total	19 522 323	–	205 935 149

TROISIÈME RÉSOLUTION

L'assemblée générale ordinaire, après avoir entendu la lecture du rapport spécial des commissaires aux comptes sur les conventions visées aux articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966, approuve ce rapport en toutes ses parties ainsi que chacune des conventions qui y sont mentionnées.

QUATRIÈME RÉSOLUTION

L'assemblée générale ordinaire renouvelle l'autorisation donnée à la Société par l'assemblée générale ordinaire annuelle du 25 juin 1993, conformément aux dispositions de l'article 217-2 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, de procéder à des achats et à des ventes de ses propres actions en vue de régulariser leur marché.

Le prix maximum auquel la Société pourra effectuer des achats est fixé à 300 f, et le prix minimum de vente à 100 F par action.

Conformément aux dispositions légales, l'utilisation de cette autorisation ne pourra avoir pour effet de porter le nombre d'actions détenues par la Société à plus de 10 % du nombre d'actions composant le capital social. Cette autorisation est valable pour une durée de dix-huit (18) mois. Elle annule et remplace, pour la période non écoulée, celle précédemment donnée par l'assemblée générale susvisée.

CINQUIÈME RÉSOLUTION

L'assemblée générale ordinaire prend acte de la démission de leur mandat de commissaires aux comptes titulaire et suppléant du Cabinet Robert MAZARS et de M. Patrick de CAMBOURG.

La Société étant pourvue, conformément à la loi, de deux commissaires aux comptes titulaires et de deux commissaires aux comptes suppléants, elle décide en conséquence qu'il n'y a pas lieu de procéder à leur remplacement.

SIXIÈME RÉSOLUTION

L'assemblée générale ordinaire confère au porteur de copies ou d'extraits certifiés conformes du procès-verbal de la présente assemblée tous pouvoirs nécessaires pour l'accomplissement de toutes formalités légales ou réglementaires, partout où besoin sera.

SOUS-SECTION 2. Les modifications du capital social

551 Augmentation et réduction du capital ¹ ◇ Il était traditionnel de considérer le capital social comme « le gage des créanciers » ². Fixé dans les statuts, il devrait être intangible. Cette croyance a subi une très sérieuse atteinte avec la loi du 2 juillet 1998 qui a supprimé le principe d'interdiction de l'achat de ses propres actions par une société ³. Le déclin a été confirmé par la loi du 1^{er} août 2003 qui a permis la constitution de SARL avec un seul euro de capital (*supra*, n° 178). En réalité, les créanciers savent que leur gage effectif est représenté par l'actif social, et non par le capital, et ils s'intéressent avant tout au bilan et aux garanties qui peuvent leur être offertes ⁴. En pratique cependant les modifications du capital social sont fréquentes. Le plus souvent ce sont des opérations d'augmentation qui sont décidées par les actionnaires en assemblée générale extraordinaire (§ 1), plus rarement des décisions de réduction (§ 2). Une place à part doit être faite à « l'opération-accordéon » (§ 3) qui combine réduction et augmentation de capital.

§ 1. Les augmentations de capital ⁵

552 Motifs des augmentations de capital ◇ L'augmentation de capital est une opération classique dans la vie des sociétés anonymes qui ont de plus en plus besoin de renforcer leurs fonds propres. La société peut d'abord souhaiter se procurer de l'argent frais : si sa situation est très saine, ses actionnaires, qui bénéficient d'un droit préférentiel de souscription, n'hésitent pas à participer à l'opération d'augmentation de capital par **apports en numéraire**. Ou bien, la société, traversant une passe difficile, cherche un partenaire extérieur, qui n'acceptera de souscrire que s'il peut obtenir une part substantielle dans le capital ou même exercer un contrôle dans la société ⁶.

1. Sur l'augmentation de capital, v. *infra*, n°s 561, 563 et 568. Sur la réduction de capital, v. *infra*, n° 571-1.

2. P. Didier, *Le capital social et la protection des créanciers sociaux*, in *Livre du bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz 2007, p. 199.

3. Cf. A. Viandier, *RJDA* 1998, p. 591, n°s 6 s. ; *supra*, n°s 279 s. et que dire de la SARL à 1 € !

4. A. Couret, H. Le Nabasque et alii, *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz 2004, spéc. P. Le Cannu, *Les rides du capital social*, p. 3 ; S. Dana-Demaret, *Le capital social*, préf. Y. Reinhard, Litec 1989.

5. A. Couret et H. Le Nabasque, *Valeurs mobilières, Augmentation de capital*, éd. Francis Lefebvre 2004.

6. Sur les vices de consentement, Com. 18 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 408, n° 173, J.-J. Daigre (violence exercée par le tiers, provoquant des difficultés financières au sein de la société dont il prend le contrôle par une augmentation de capital). V. pour une absence de dol, Paris, 15 juin 1999, *RJDA* 1999, p. 878, n° 1093 ; *RTD com.* 1999, p. 879, Cl. Champaud et D. Danet (prévisions d'activité non réalisées) ; *id.* Paris 25 juin 2003, *RTD com.* 2004, p. 319, Cl. Champaud et D. Danet ; Sur un dol envers un souscripteur, Com. 18 juin 1973, *Rev. sociétés* 1973, p. 682, J. P. Sortais. Sur une nullité pour erreur sur les conséquences fiscales de l'opération, TGI Metz,

Cette arrivée d'un tiers suppose que les actionnaires anciens renoncent à leur droit préférentiel de souscription, voire que soient créées des actions de préférence en sa faveur (*supra*, n° 289).

L'augmentation de capital peut également se réaliser grâce à un **apport en nature** : un immeuble, un brevet... est apporté à la société. En contrepartie, l'apporteur reçoit des actions de la société.

Quelquefois, le banquier de la société, avant de lui consentir un prêt, exige que le gage des créanciers sociaux soit renforcé grâce à une **incorporation des réserves** dans le capital.

Mais ces types d'augmentation de capital ne sont pas les seuls : l'augmentation de capital peut également résulter d'une **conversion de titres** (par ex. la conversion d'obligations en actions) ou de l'émission préalable de valeurs donnant droit plus tard à l'attribution de titres représentatifs d'une quotité du capital. Dans ces hypothèses, l'opération n'est plus immédiate, mais à double détente : il y a d'abord souscription d'une valeur mobilière composée, puis augmentation de capital ¹. L'augmentation peut également résulter d'une opération de **fusion** ou de scission (cf. art. L. 225-128, al. 2 et 3).

552-1 Augmentation de capital pour les salariés ◇ De même, une société peut aussi procéder à une augmentation de capital pour *permettre à ses salariés de devenir actionnaires* (L. 31 déc. 1970 relative à l'ouverture d'options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel des sociétés (art. L. 225-177 à L. 225-186) ² ; L. 24 oct. 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales).

La loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001, qui a été précisée depuis, a prévu que, « *lors de toute décision d'augmentation du capital par apport en numéraire, sauf si elle résulte d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital* », l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de

20 avr. 1982, *Bull. Joly* 1982, p. 789, n° 341. Sur la responsabilité du souscripteur à l'égard de l'actionnaire majoritaire initial, Com. 3 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 737, n° 161, P. Mousseron. Cf. égal. sur les garanties de passif, F.D. Poitral, *Une garantie de passif peut-elle être accordée par la société émettrice lors d'une augmentation de capital ?* JCP E 1999, p. 1474 ; L. Jobert, *Les garanties de passif dans les augmentations de capital de sociétés anonymes*, JCP E 2003, 1360 ; J. J. Uetwiller et C. E. Prieur, *Les conventions de garantie dans les souscriptions de droits sociaux*, *Bull. Joly* 2004, p. 1449, n° 292.

1. Cf. H. Hovasse, *Les augmentations de capital à souscription conditionnelle*, *Économica* 1988.

2. La COB a eu l'occasion de constater au cours de l'année 2000 qu'une fraction importante des introductions en bourse était précédée d'augmentations de capital à des prix nettement inférieurs au prix d'introduction, moins d'un an avant l'introduction. Ces opérations, qui concernent fréquemment des fonds d'investissement, s'accompagnent souvent de l'octroi d'options ou de bons permettant aux salariés de la société introduite d'accéder au capital à des conditions de prix beaucoup plus avantageuses que celles qui sont proposées aux investisseurs. La COB a regretté ces pratiques qui portent atteinte à la transparence des opérations et précisé les critères d'exercice de son droit d'opposition (*Bull. COB* mars 2001, p. 30).

capital réservée aux salariés (cf. art. L. 225-129 – 6, al. 1^{er})¹. La résolution doit être proposée à l'assemblée, mais les actionnaires ne sont cependant pas obligés de l'adopter...

En outre, tous les trois ans, une AGE doit être convoquée pour se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux salariés, dès lors que les actions qu'ils détiennent dans la société ou les sociétés qui lui sont liées, représentent moins de 3 % du capital (cf. al. 2 et art. R. 225-113)².

552-2 L'ordonnance sur les valeurs mobilières du 24 juin 2004³ ◇ La loi du 24 juillet 1966 considérait que le capital social constituait le gage des créanciers et était la clef de répartition des droits entre actionnaires. Or, ces deux fonctions ont perdu beaucoup de leur pertinence⁴ au profit d'une autre, la fonction financière, essentiellement utilisée par les sociétés cotées, qui peuvent lever des fonds très importants en ayant recours à des augmentations de capital.

Tenant compte de ces évolutions, l'ordonnance du 24 juin 2004 a souhaité rendre plus souples les augmentations de capital afin de répondre tant aux besoins des marchés qu'à ceux des émetteurs, tout en préservant les droits des actionnaires anciens. Il en résulte que les assemblées d'actionnaires perdent certaines de leurs prérogatives au profit des organes d'administration et de direction de la société. Un droit commun des augmentations de capital est ainsi établi qui introduit incontestablement plus de **souplesse** pour ces opérations.

Nous envisagerons successivement les règles communes à toutes les augmentations de capital (A), puis l'augmentation de capital en numéraire, qui est la plus fréquente (B), l'augmentation en nature (C), l'augmentation par incorporation de réserves (D) et enfin celle qui résulte de l'exercice de droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital (D).

1. Le texte d'origine, rédigé de façon maladroite, a dû faire l'objet de précisions successives par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 et l'ordonnance sur les valeurs mobilières du 24 juin 2004. La loi du 9 déc. 2004 a elle-même précisé que l'AGE doit se prononcer sur un tel projet de résolution lorsqu'elle délègue sa compétence pour réaliser l'augmentation de capital. L'augmentation doit être proposée même s'il n'y a pas encore de PEE dans la société, *R. M. JO déb. Sénat* 22 nov. 2001, p. 3718 ; *Bull. Joly* 2001, p. 1306, n° 284. Cf. égal. sur une mauvaise régularisation, T. com. Bordeaux 15 nov. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 197, n° 44, B. Saintourens.

2. Cf. sur le point de départ du délai et les sanctions, V. Médail, *JCP E* 2003, pan. p. 1081, n° 988 ; G. Baranger, *Epargne salariale : le premier rendez-vous triennal*, *Bull. Joly* 2003, p. 505, n° 107.

3. A. Couret et H. Le Nabasque, *Valeurs mobilières, augmentation de capital*, préc., Editions Francis Lefebvre 2004 ; P. Y. Chabert, *Les augmentations de capital après l'ordonnance du 24 juin 2004*, *Bull. Joly* 2004, p. 1017, n° 209 ; H. Hovasse, *Dr. sociétés*, oct. 2004, p. 7.

4. P. Le Cannu, préc. *Les rides du capital social*, Dalloz 2004, p. 3.

A. Les règles communes

552-3 Techniques d'augmentation du capital ◇ Le capital social peut être augmenté soit par émission d'actions ordinaires ou d'actions de préférence, soit par majoration du montant nominal des titres de capital existants. L'augmentation de capital peut également se réaliser de façon différée grâce à l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières composées donnant accès au capital (art. L. 225-127).

552-4 Décision de l'opération ¹ ◇ La décision d'augmentation de capital appartient exclusivement à l'assemblée générale extraordinaire ². Toute décision prise en violation de ce principe serait nulle (art. L. 225-129, al. 1^{er} et L. 225-149-3, al. 3). Mais l'AGE peut consentir au conseil d'administration (ou au directoire) soit une **délégation de compétence** qui permet à celui-ci de décider lui-même l'opération soit une **délégation de pouvoirs** qui lui permet de fixer les modalités de l'opération. (*infra*, n° 552-6).

L'augmentation de capital doit être réalisée dans le délai de cinq ans à compter de la décision de l'AGE d'augmenter le capital ou de déléguer sa compétence au conseil d'administration (ou au directoire ; art. L. 225-129, al. 2).

Ce délai ne s'applique cependant pas en cas d'augmentation à réaliser à la suite de l'exercice d'un droit attaché à une valeur mobilière donnant accès au capital ou à la suite de levées d'options de souscriptions d'actions ou en cas d'augmentation réservée à des personnes dénommées ou à une catégorie de personnes, l'opération devant alors être réalisée dans un délai de dix-huit mois ³.

1. Le montant de l'opération est déterminé par les besoins en capitaux de la société. En pratique, pour les sociétés cotées en bourse, il est généralement inférieur à 25 % de la capitalisation boursière. Voir sur les responsabilités civiles encourues en cas de comptes établis par l'expert-comptable, vérifiés par le commissaire aux comptes, mais ne correspondant pas à la réalité, Com. 17 oct. 1984, *JCP E* 1985, 14 557, A. Viandier ; *Defrénois* 1985, art. 33523, p. 645, J. Honorat ; Civ. 1^{re}, 23 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 934, n° 238 (devoir de l'avocat de déconseiller la réalisation de l'opération) ; Paris, 20 févr. 1998, *Dr. sociétés* 1999, n° 16, D. Vidal (manquement de l'expert-comptable à son devoir de conseil). Sur la responsabilité du PDG d'une société en difficulté ayant communiqué au repreneur des comptes et un bilan inexacts, Com. 20 mai 1986, *Dr. sociétés* 1986, n° 260. *Adde* Paris, 9 avr. 1986, *JCP E* 1986, 15 823, n° 23, E. Le Dolley et J. Richard ; Lyon, 20 déc. 1984, *D.* 1986, p. 506, Y. Reinhard. Sur le dol à l'occasion d'une augmentation de capital, Com. 19 juin 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1093, n° 245, B. Saintourens ; *JCP E* 2001, p. 1909, A. Viandier et J. J. Caussain.

2. Cf. CJCE 24 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 672, n° 220, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993, p. 111, S. Dana-Demaret ; CJCE 12 mai 1998, *Dr. sociétés* 1998, n° 151, Th. Bonneau (application de la deuxième directive). Sur la validité de l'engagement de voter une augmentation de capital et d'y souscrire, Paris, 30 juin 1995, *JCP E* 1996, II, 795, J.-J. Daigre ; Paris, 29 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 298, n° 58, P. Le Cannu (stipulation pour autrui).

3. Cette durée de dix-huit mois permet d'éviter toute vacance dans la délégation de l'AGE qui peut, l'année suivante, ne pas se réunir exactement à la même date. En pratique, les délégations devront donc intervenir annuellement (rapport au président de la République, p. 4).

Le conseil d'administration (ou le directoire) doit présenter à l'AGE un rapport sur les motifs de l'augmentation du capital et la marche des affaires sociales (art. L. 225-129, al. 1^{er} ; art. R. 225-113). Si les actionnaires sont appelés à se prononcer sur la suppression de leur droit préférentiel de souscription (*infra*, n° 559) ou si l'opération consiste en une augmentation de capital différée, le commissaire aux comptes doit présenter un rapport spécial.

552-5 Quorum – Majorité ◇ Si l'augmentation de capital se réalise par **apports en numéraire ou en nature**, le quorum et la majorité sont ceux prévus pour les AGE : quorum du quart des actions ayant le droit de vote sur première convocation et du cinquième sur seconde convocation ; majorité des deux tiers dont disposent les actionnaires présents ou représentés (art. L. 225-96) ¹. Cette majorité renforcée des deux tiers peut cependant être impossible à atteindre si un groupe d'actionnaires détient une **minorité de blocage**, ce qui risque de mettre en péril la société ².

Si l'augmentation de capital se traduisait par une élévation du nominal des actions, l'unanimité des actionnaires serait nécessaire (art. L. 225-130, al. 2).

Si l'augmentation se réalise par **incorporation de réserves**, bénéfices ou primes d'émission, l'assemblée statue valablement aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées générales ordinaires : quorum du cinquième des actions ayant droit de vote sur première convocation ; majorité simple des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés (art. L. 225-130) ³.

552-6 Délégations ⁴ ◇ L'AGE peut opérer une **délégation de compétence** au profit du conseil d'administration (ou du directoire) pour décider une augmentation de capital. Elle doit alors fixer la durée, qui ne peut excéder vingt-six mois, pendant laquelle cette délégation peut être utilisée et le plafond global de cette augmentation. La délégation de compétence prive d'effet toute délégation antérieure ayant le même objet (*cf.* art. L. 225-129-

1. Ces nouvelles règles de quorum ont été introduites par la « loi Breton » du 26 juill. 2005 (art. 6, I).

2. V. pour une dissolution, Paris, 17 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 297, n° 89, PLC. Les dirigeants qui ne réussissent pas à faire adopter la résolution favorable à l'augmentation de capital invoquent volontiers un abus de minorité. *Cf.* Ph. Merle, rapport au Colloque de Deauville « Droit et commerce » 1991, in *RJ com. nov.* 1991, p. 81 et *infra*, n° 581. Il ne saurait cependant y avoir un abus de minorité de la part d'un actionnaire insuffisamment informé, *Com.* 27 mai 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 765, n° 283, G.B. ; *Dr. sociétés* 1997, n° 142, D. Vidal.

3. Cette nouvelle règle de quorum a été introduite par la « loi Breton » du 26 juill. 2005 (art. 6, II).

4. M. Loy, *Les nouvelles règles de délégation en matière d'augmentation de capital*, *JCP E* 2004, 1291 ; C. Baj, *Les délégations de pouvoirs*, *Rev. dr. banc.* oct. 2004, p. 348.

2). Le conseil d'administration (ou le directoire) est alors investi du pouvoir de décider de l'opportunité de l'opération.

L'AGE peut limiter sa délégation à un certain type de valeurs mobilières ou prévoir des plafonds différents selon la nature du titre (*cf.* ord. Rapport au président de la République, p. 3).

Par la **délégation de pouvoirs**, l'AGE laisse au conseil d'administration (ou au directoire) le pouvoir de fixer les modalités de l'émission des titres (art. L. 225-229-1). L'assemblée a le choix de l'étendue de la délégation : elle peut arrêter elle-même les caractéristiques essentielles de l'opération et laisser à l'organe délégué le soin d'en fixer les conditions accessoires (dates d'ouverture et de clôture des souscriptions, constatation de la réalisation de l'opération...) ou fixer un plafond global et déléguer les modalités, ce qui rapproche alors la délégation de pouvoirs de la délégation de compétence.

Que la délégation soit de compétence ou de pouvoirs, **certaines règles sont communes** : dans la limite de la délégation conférée, le conseil d'administration (ou le directoire) dispose des pouvoirs nécessaires pour fixer les conditions d'émission, constater la réalisation des augmentations de capital qui en résultent et procéder à la modification corrélative des statuts (art. L. 225-129-2, al. 4) ¹.

Lorsqu'il est fait usage des délégations, le conseil d'administration (ou le directoire) doit établir un rapport complémentaire à l'assemblée générale ordinaire suivante (art. R. 225-116, al. 1). Cette mesure est évidemment destinée à permettre aux actionnaires de connaître la suite de la délégation qu'ils ont consentie.

Dans les sociétés anonymes dont les titres de capital sont admis aux négociations sur un marché réglementé, une **subdélégation** est possible : le conseil d'administration ² peut en effet, dans les limites qu'il aura préalablement fixées, déléguer au directeur général ou, en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués, le pouvoir de décider la réalisation de l'émission, ainsi que celui d'y surseoir. Les bénéficiaires de la subdélégation devront ensuite rendre compte au conseil d'administration de l'utilisation qu'ils auront faite de ce pouvoir (*cf.* art. L. 225-129-4 *nouv.*). Cette subdélégation doit permettre aux sociétés cotées de gérer leurs émissions de capital en s'adaptant plus rapidement aux évolutions fluctuantes des marchés financiers.

Cet élargissement des délégations et subdélégations renforce le rôle des organes de direction dans les décisions d'augmentation de capital et introduit une plus grande souplesse en n'imposant plus la réunion systématique des actionnaires pour chaque décision d'augmentation.

1. Sur le sort de ces délégations en cas d'offre publique, *cf. infra*, n° 650-1.

2. Une subdélégation peut également être conférée par le directoire (art. L. 225-129-4 b).

552-7 Sanctions des irrégularités ◇ Les sanctions pénales et la nullité étant le plus souvent mal adaptées, l'ordonnance du 24 juin 2004 a préféré développer le recours à l'**injonction de faire**¹ : toute personne intéressée qui n'obtient pas la production, la communication ou la transmission des documents visés par l'article L. 238-1 peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, dirigeants ou liquidateur de la société de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication.

Sont ainsi visés le rapport du conseil d'administration à l'AGE appelée à autoriser l'opération, le rapport complémentaire en cas de délégation, les rapports du conseil d'administration et du commissaire aux comptes en cas de suppression du droit préférentiel...

Le président de la juridiction consulaire peut aussi enjoindre sous astreinte la convocation par les dirigeants, ou par mandataire désigné à cet effet, de l'AGE afin de statuer sur l'opportunité d'une augmentation de capital en faveur des salariés lorsque les actions qu'ils détiennent représentent moins de 3 % du capital ; l'établissement par le conseil d'administration des rapports complémentaires prévus en cas de délégation (cf. art. L. 225-149-3, al. 1^{er}).

En ce qui concerne les **nullités**², l'ordonnance distingue entre nullités facultatives et nullités obligatoires. La nullité est **facultative** en cas de violation des règles de publicité avant l'ouverture des souscriptions ou de vote par l'AGE d'une délégation en période d'offre publique (art. L. 225-149-3, al. 2). En revanche, la nullité est **obligatoire** pour toute décision d'augmentation de capital prise en violation des articles L. 225-127 à L. 225-149-2 autres que celles mentionnées à l'article L. 225-149-3.

L'ordonnance a raccourci le délai de **prescription** : désormais, que la nullité encourue soit facultative ou de plein droit, l'action en nullité se prescrit par **trois mois** à compter de l'assemblée générale suivant la décision d'augmentation de capital (art. L. 235-9, al. 3). Il convient également de ne pas oublier qu'en application de l'article L. 235-3, toutes les nullités peuvent être couvertes (à l'exception de celles fondées sur l'illicéité de l'objet social).

B. L'augmentation du capital par apports en numéraire

553 Intérêts de l'opération pour la société ◇ Si la société est prospère, il ne devrait pas être difficile de trouver des souscripteurs, et il sera même possible de leur réclamer une prime d'émission (*infra*, n° 555).

1. E. Jeuland et F. Manin, *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2004, p. 1.

2. F. Barrière, *Les nullités d'augmentation de capital*, *Rev. dr. bancaire* 1-2005, p. 46. Sur la nullité d'une augmentation de capital entachée de fraude, Paris 25 nov. 2008, *BRDA* n° 2-2009, p. 3.

La société, si elle est cotée en bourse, grâce à l'augmentation élargit son actionnariat, se ménage un marché secondaire plus actif et un potentiel accru d'appel public à l'épargne. L'augmentation de capital est un acte de notoriété pour l'entreprise. Mais, pour satisfaire les actionnaires, la société doit veiller à pouvoir continuer sa politique de distribution de dividendes, malgré l'augmentation du nombre des actions.

Si la société connaît quelques difficultés, il lui sera difficile de lancer un emprunt obligataire, qui implique ensuite de verser un intérêt annuel qui peut être élevé (*supra*, n° 335), alors qu'il sera probablement possible d'attirer des actionnaires en leur offrant des actions de préférence (*supra*, n° 289) ou même en leur permettant de prendre le contrôle de la société. Sur le plan fiscal, les augmentations de capital par apports en numéraire sont régulièrement encouragées par le législateur ¹.

La loi de 1966, afin de protéger les actionnaires, avait soumis l'augmentation de capital à des conditions très strictes. Les réformes postérieures ont assoupli la réglementation afin de faciliter la mobilisation des capitaux extérieurs (lois des 3 janv. 1983 et 14 déc. 1985, ord. 24 juin 2004). Cet assouplissement s'est réalisé au détriment des droits des actionnaires anciens ².

a. Conditions de l'augmentation de capital

554 Conditions préalables ◇ Le capital de la société doit être intégralement libéré avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire (art. L. 225-131, al. 1) ³. La solution est logique : la société doit d'abord réclamer à ses actionnaires la libération des actions qu'ils avaient souscrites lors de la constitution de la société ou à l'occasion d'une précédente augmentation de capital. Ce n'est qu'ensuite qu'elle pourra lancer une nouvelle opération. La règle est imposée à peine de nullité (art. L. 225 - 149 - 3, al. 3) et de sanctions pénales à l'encontre des dirigeants (art. L. 242-17-II et IV).

De plus, la société constituée sans appel public à l'épargne qui, moins de deux ans après sa constitution, procéderait à une augmentation de capital par offre au public, serait tenue de faire vérifier son actif et son passif, ainsi

1. *Fiscalement*, les apports en numéraire effectués en cours de vie sociale, à l'occasion d'une augmentation de capital, relèvent du droit fixe de 375 € ou 500 € selon que le montant du capital social est inférieur ou égal à 225 000 € ou supérieur (en cas de constitution de société, *supra*, n° 34-1). L'augmentation de capital par émission d'actions nouvelles ne constitue pas une opération soumise à TVA, pour autant la société émettrice peut déduire la taxe grevant les dépenses exposées à cette fin (CJCE 26 mai 2005, *Kretztechnik*, *Dr. fisc.* 2005, n° 44-45, comm. 720). Par ailleurs, la réduction d'IRPP accordée aux contribuables qui effectuent des versements en numéraire au titre de la souscription au capital initial de sociétés non cotées (art. 199 terdecies-O A CG) bénéficie également aux augmentations de capital.

2. J. Abras, *Augmentation de capital par apport en numéraire dans les sociétés par actions non cotées ; les faiblesses de la protection contre les abus dans la fixation du prix des titres nouveaux*, JCP E 2009, 1317.

3. Sur les dérogations, lorsque l'opération concerne les salariés, cf. art. L. 225-177, al. 3 ; L. 225-138-1, 7° al. 1^{er}.

que, le cas échéant, les avantages particuliers consentis (art. L. 225-131, al. 2 nouv.).

On veut ainsi éviter la fraude qui consisterait pour une société à se constituer sous la forme simplifiée puis à faire, immédiatement après, une offre au public. L'inobservation de la procédure de contrôle entraînerait la nullité de l'augmentation de capital (art. L. 225-149-3, al.).

Avant l'ouverture de la souscription, diverses formalités de publicité doivent être accomplies, afin de porter à la connaissance des actionnaires, et éventuellement du public, la décision d'augmentation du capital (art. L. 225-142). À défaut, la nullité de l'opération pourrait être prononcée (art. L. 225-149-3, al. 2). Toutefois, ces formalités n'ont pas à être respectées lorsque l'assemblée générale a décidé de supprimer le droit préférentiel de souscription, puisqu'elles sont alors inutiles (art. R. 225-121, *infra* n° 560).

Lorsque les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les sociétés doivent adresser à tous leurs actionnaires six jours au moins avant l'ouverture de la souscription, un avis par lettre recommandée avec accusé de réception qui décrit notamment les modalités de l'augmentation de capital et les conditions d'exercice du droit préférentiel de souscription (art. R. 225-120 nouv.).

Lorsque les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, une publicité doit être effectuée dans les conditions fixées par l'article R. 225-120 nouveau. En outre, avant toute souscription, une note d'information doit être soumise au **visa de l'AMF** et tenue à la disposition du public au siège social et dans les établissements chargés de recueillir les souscriptions. Le **prospectus**¹, qui constitue le document officiel, destiné à l'information du public, peut prendre la forme d'un document unique, comportant toutes les informations relatives à la société concernée ou être composé d'un document de référence (*supra*, n° 472) enregistré auprès de l'AMF, qui contient tous les renseignements concernant la société et d'une note d'opération visée par l'AMF.

Toutes les publicités diffusées par la société (v. *infra*) doivent reproduire les énonciations de la notice publiée au BALO et mentionner la référence à cette insertion (art. R. 225-126 nouv.).

555 Prime d'émission² ◇ Les actions nouvelles représentatives d'apports en numéraire (ou d'apports en nature, *infra* n° 563 s.) peuvent être émises à leur montant nominal, majoré d'une **prime d'émission** (art. L. 225-128, al. 1^{er}). Traditionnellement, on fait observer que la finalité de la prime d'émission est double. D'une part, elle permet de **couvrir les frais** de l'opération, si bien que la société dispose de l'intégralité de l'augmentation

1. La directive prospectus 2003/71/EC tente d'harmoniser les règles d'information à l'occasion d'une émission ou d'une cotation d'instruments financiers en Europe. La « loi Breton » du 26 juill. 2005, qui transpose cette directive, introduit en particulier le mécanisme du **passerport** grâce auquel un émetteur, dont le prospectus a été visé par l'AMF, peut effectuer une opération sur tout le territoire de l'Union sans avoir à obtenir de visa supplémentaire. Sur le contenu du résumé du prospectus, Recommandation AMF 4 oct. 2007, *BRDA* n° 20-2007, p. 4.

2. G. Naffah, *La prime d'émission*, préf. F. Terré et A. Viandier, *Économica* 1987 ; P. Coudin, *Prime et capital*, in *Quel avenir pour le capital social*, Dalloz 2004, p. 31 ;

nominale du capital (cf. art. L. 232-9, al. 2) ¹. D'autre part, elle permet d'**égaliser les droits des actionnaires anciens et nouveaux**, en compensant l'avantage consenti aux nouveaux actionnaires qui acquièrent des droits sur les réserves déjà constituées ou sur les plus-values d'actif apparentes ou latentes.

Par exemple, dans une société au capital de 1 000 000 d'euros, divisé en 10 000 actions de 100 €, des réserves ont été constituées pour un montant de 500 000 euros. La valeur théorique (vénale) de chaque action avant l'opération est de : $(1\,000\,000 + 500\,000) : 10\,000 = 150\text{ €}$.

Si l'on augmente le capital de 1 000 000 d'euros, en créant 10 000 actions de 100 €, la valeur théorique de chaque action après l'opération sera de : $(1\,000\,000 + 500\,000 + 1\,000\,000) : (10\,000 + 10\,000) = 125\text{ €}$.

Un tel résultat n'est pas admissible, puisque les anciens actionnaires perdent dans ces conditions 25 € par action, que les nouveaux actionnaires gagnent immédiatement. Le versement d'une prime d'émission de 50 € permettra d'égaliser les droits des actionnaires, puisque la valeur théorique des actions après l'augmentation de capital sera de : $1\,000\,000 + 500\,000 + 1\,000\,000 + (10\,000 \times 50) : (10\,000 + 10\,000) = 150\text{ €}$. Grâce à la prime d'émission, la valeur théorique de l'action est la même, après comme avant l'opération.

Plus récemment, en particulier au moment de la « bulle internet », les créateurs de *start-up* n'ont pas hésité à exiger des primes très fortes de la part des nouveaux entrants, compte tenu des perspectives de rendement et de plus-values très importantes qui leur étaient annoncées !

La prime d'émission doit être libérée intégralement lors de la souscription, à peine de sanctions pénales (art. L. 225-144, al. 1 ; L. 242-17-I et II). Juridiquement, elle s'analyse comme un supplément d'apport laissé à la libre disposition de la société ². Généralement elle est inscrite à un compte de réserve et l'assemblée pourra décider de la répartir entre les actionnaires.

La fixation du montant de la prime d'émission est placée sous un régime de **liberté contrôlée** : une augmentation de capital pourrait être annulée pour fraude si la prime d'émission n'était justifiée ni par l'existence de réserves ou de plus-values ni par la situation de la société ³. L'importance de la prime peut, dans cette situation, révéler la volonté des majoritaires de diluer les minoritaires placés dans l'impossibilité de souscrire.

1. Le coût d'émission pour une société faisant une offre au public, est généralement compris entre 3 et 5 % des capitaux collectés. Il correspond aux commissions bancaires (montage de l'opération, garantie de placement ; publicité au BALO et dans la presse financière ; édition de notes d'information... ; impôts et taxes).

2. Com. 9 juill. 1952, JCP 1953, II, 7742, D. Bastian.

3. Com. 22 mai 2001 (aff. *Château Giscours*), Bull. Joly 2001, p. 1003, n° 230, H. Le Nabasque ; Dr. sociétés 2001, n° 180, F. X. Lucas ; JCP E 2001, p. 1911, A. Viandier et J. J. Caussain ; D. Cohen, *La prime d'émission entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, 35.

b. Droit préférentiel de souscription ¹

556 Justification ◇ Le droit préférentiel de souscription (en pratique « le DPS ») est, comme la prime d'émission, un moyen de sauvegarder les droits des actionnaires anciens dans la société. Toute augmentation de capital en numéraire ouvre aux actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions nouvelles (art. L. 225-132, al. 1 et 2 et L. 228-91, al. 2) ².

Par exemple, une société a un capital de 800 000 € divisé en 8 000 actions de 100 €. Elle décide d'augmenter son capital de 400 000 €, en créant 4 000 actions de 100 €. Chaque actionnaire aura donc un droit préférentiel de souscription à raison d'une action nouvelle pour deux actions anciennes.

Ce droit de souscription est d'ordre public ³. Il ne peut pas être réduit, c'est le **droit de souscription à titre irréductible**. Droit individuel de l'actionnaire, il permet à celui-ci de conserver dans la société la même proportion de capital, donc les mêmes droits, avant et après l'opération, s'il y souscrit.

Un actionnaire n'est jamais obligé de souscrire à une augmentation de capital ⁴, sinon ses engagements seraient augmentés, ce qui est interdit par l'article L. 225-96, al. 1^{er} (*supra*, n° 489).

Cependant, en pratique, il peut être dangereux pour un actionnaire de ne pas souscrire. D'une part, il peut perdre, par exemple, la minorité de blocage qu'il détenait avant l'opération. D'autre part, le défaut de réalisation de l'augmentation de capital peut entraîner la chute de la société et provoquer sa mise en redressement ou liquidation judiciaire.

557 Mise en œuvre du droit préférentiel de souscription ◇ Le droit préférentiel de souscription est réservé aux actionnaires dont les actions sont intégralement libérées, qu'il s'agisse d'actions ordinaires ou d'actions de préférence, et aux titulaires de certificats d'investissement (art. L. 228-29, al. 2 ; L. 228-34) ⁵.

1. A. Couret, *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, thèse Toulouse, 1978, et *Le développement du droit préférentiel de souscription de l'actionnaire en droit comparé*, *Rev. sociétés* 1979, p. 505.

2. Le commissaire aux comptes doit donner son avis sur l'émission proposée ainsi que sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et son montant lorsque l'augmentation de capital a lieu avec maintien du DPS (art. R. 225-117).

3. V. l'art. L. 228-95 prévoyant la nullité des décisions prises en violation du 2^e et 3^e alinéas de l'article L. 228-91.

4. V. cependant, par ex. pour les sociétés de construction, art. 3 L. 16 juill. 1971, et pour les conditions d'application, Civ. 3^e, 26 juin 1985, *Rev. sociétés* 1987, 270, B. Bouloc.

5. Si les actions sont inscrites au nom d'un époux commun en biens, c'est lui qui exerce les droits de souscription attachés à ces actions. Cf. A. Colomer, *Augmentation de capital et répartition des biens en régime matrimonial communautaire*, *Defrénois* 1981, art. 32 606, spéc. n°s 13 s.

Souscrivez à l'augmentation de capital de Lafarge

AVEC DROIT DE SOUSCRIPTION PRÉFÉRENTIEL
POUR LES ACTIONNAIRES

Augmentation de capital entièrement garantie : 1,28 milliard d'euros

Prix d'émission :
41 euros par action nouvelle

Droit préférentiel de souscription :
4 actions nouvelles pour 17 actions détenues

Cotation du droit préférentiel de souscription :
à partir du 19 juin 2003

Période de souscription :
du 19 juin 2003 au 2 juillet 2003

Pour souscrire à l'augmentation de capital de Lafarge, donnez dès à présent vos instructions à votre banque ou à votre intermédiaire financier.

Saisir des opportunités de développement à création de valeur rapide

L'augmentation de capital donnera à Lafarge la flexibilité financière nécessaire pour réaliser des développements de petite ou moyenne taille à forte rentabilité. Cette flexibilité plus grande permettra au Groupe de mieux saisir les opportunités d'acquisition aux meilleures conditions financières.

Améliorer encore la structure financière

Lafarge s'est engagé à réduire sa dette nette de 1 milliard d'euros (hors effet de change) en 2003 et à améliorer ses ratios financiers grâce à une forte génération de cash flow, à la limitation de ses investissements de maintien et à la réalisation de désinvestissements à hauteur de 400 à 600 millions d'euros.

Lafarge maintient ces actions et cet objectif, indépendamment des effets de l'augmentation de capital qui améliorera encore sa dette et ses ratios financiers.

Cette augmentation de capital constitue donc pour les 247 000 actionnaires du Groupe une excellente opportunité de participer au développement de Lafarge et à la valorisation de leur investissement.

Actionnaires Lafarge

Les actions résultant de l'exercice par les actionnaires de leur option de paiement du dividende en actions bénéficieront également du droit préférentiel de souscription.

Les actions issues du réinvestissement du dividende en actions au plus tard le 20 juin 2003 donneront droit au droit préférentiel de souscription dès la livraison des actions, le 27 juin 2003. Elles permettront donc de participer à l'augmentation de capital. L'actionnaire disposera de la partie restant à courir du 27 juin au 2 juillet inclus pour exercer ou céder son droit préférentiel de souscription.

Il vous est fortement recommandé de vous mettre en relation avec votre intermédiaire financier au plus vite afin de vous assurer de la livraison de vos actions issues du réinvestissement du dividende et des droits préférentiels de souscription associés dès le 27 juin.

www.lafarge.com

Pour toute information sur l'augmentation de capital et sur la société Lafarge, n'hésitez pas à nous joindre au service actionnaires

► N° Vert 0 800 235 235 APPEL GRATUIT

Une note d'opération visée par la Commission des Opérations de Bourse sous le n° 03-563 en date du 11 juin 2003, ainsi que le document de référence de Lafarge et son actualisation sont disponibles sur le site Internet de Lafarge www.lafarge.com ou sur simple demande au siège de la société, 61 rue des Dames Feuilles, 75116 Paris.



Lorsque les actions anciennes sont grevées d'usufruit, le droit préférentiel de souscription appartient au nu-propriétaire et les titres nouveaux appartiennent au nu-propriétaire pour la nue-propriété et à l'usufruitier pour l'usufruit sauf convention contraire. Si le nu-propriétaire néglige d'exercer son droit, l'usufruitier peut se substituer à lui (cf. art. L. 225-140 ; R. 225-123) ¹.

Les actionnaires disposent, pour exercer leur droit préférentiel de souscription, d'un délai qui ne peut être inférieur à **cinq jours de bourse** à dater de l'ouverture de la souscription (art. L. 225-141, al. 1) ².

Toutefois ce délai se trouve clos par anticipation dès que tous les droits de souscription à titre irréductible ont été exercés ou que l'augmentation de capital a été intégralement souscrite après renonciation individuelle à leurs droits de souscription des actionnaires qui n'ont pas souscrit (art. L. 225-141, al. 2, *infra*, n° 560).

Le bénéficiaire du droit préférentiel de souscription n'étant pas tenu de souscrire à l'augmentation de capital, peut *céder tout ou partie de ses droits de souscription* à titre irréductible pendant cette brève période de souscription. Le droit préférentiel est négociable lorsqu'il est « détaché » d'actions elles-mêmes négociables (art. L. 225-132, al. 3) ³. Avant la dématérialisation des valeurs mobilières (*supra*, n° 271), il était représenté par un coupon, détachable de l'action.

Pour les sociétés cotées, il y a un « marché des droits », « marché des rompus ». Si l'on reprend l'exemple précédent (*supra*, n° 556) du droit préférentiel de souscription qui s'exerce à raison d'une action nouvelle pour deux actions anciennes, l'actionnaire qui détient quinze actions a le choix suivant :

— il peut vendre un droit, il lui restera alors quatorze droits qui lui donneront le droit de souscrire sept actions nouvelles ;

— ou, il peut acheter un droit. Il aura alors seize droits qui lui donneront le droit de souscrire huit actions nouvelles à titre irréductible. La valeur théorique du droit préférentiel de souscription est égale à la perte de valeur que subit chaque action ancienne du fait de l'émission des actions nouvelles. Soit une société au capital de 800 000 € divisé en 8 000 actions de 100 €, qui dispose de 600 000 € de réserves. La valeur théorique de chaque action est de : $(800\ 000 + 600\ 000) : 8\ 000 = 175$ €. Elle décide d'augmenter son capital de 400 000 € par émission de 4 000 actions de 100 €. La valeur théorique de chaque action après l'opération sera de : $(800\ 000 + 600\ 000 + 400\ 000) : (8\ 000 + 4\ 000) = 150$ €. La valeur théorique du droit de souscription est de : $175 - 150 = 25$ €. Si une prime d'émission est demandée, elle entraînera une réduction de la valeur du droit. Ce prix n'est de toute façon qu'indicatif. Tout dépendra du marché, qui risque d'être très étroit, sinon inexistant si la société n'est pas cotée en bourse.

1. R. Gentilhomme, *Démembrement de titres et opérations sur le capital social*, Dr. et patr. avr. 1996, p. 41 ; mai 1996, p. 54 ; Com. 8 juill. 1997, Bull. Joly 1997, p. 973, n° 348, J.-P. Garçon.

2. Avant l'ordonnance du 24 juin 2004, le délai était de dix jours. Sur les inconvénients de la trop grande longueur de la période de souscription, P. Y. Chabert, *L'encadrement excessif des augmentations de capital*, in *Quel avenir pour le capital social* ? Dalloz 2004.

3. Aix, 13 janv. 1977, Rev. sociétés 1977, 711, J. Hémard (cas d'une clause d'agrément). Si l'action n'est pas négociable, le DPS est cessible dans les mêmes conditions que l'action elle-même (art. L. 225-132, al. 3).

558 Souscription à titre réductible ◇ Lors de l'augmentation de capital toutes les actions ne sont pas souscrites à titre irréductible : certains actionnaires estiment l'opération peu intéressante, d'autres n'ont pas les liquidités suffisantes, d'autres enfin font preuve de négligence. La pratique a donc admis l'existence d'un *droit de souscription à titre réductible* qui permet aux actionnaires anciens d'obtenir un nombre d'actions supérieur à celui auquel ils ont le droit de souscrire à titre irréductible. L'attribution se fait proportionnellement aux droits de souscription dont ils disposent et dans la limite de leurs demandes (art. L. 225-133).

L'exercice de ce droit constituait une complication importante (traitement des ordres de souscription, établissement d'un barème de répartition) alors qu'il ne portait généralement que sur moins d'un pour cent du capital. C'est pourquoi la loi du 3 janvier 1983 a supprimé son caractère impératif. L'ordonnance du 24 juin 2004 a encore souhaité réduire le recours à la souscription à titre réductible. Désormais, le droit de souscription à titre réductible ne peut être exercé *que s'il a été expressément décidé par l'assemblée générale extraordinaire* ou, en cas de délégation, par le conseil d'administration ou le directoire (art. L. 225-133). Comme le recours à la délégation est fréquent lorsque les titres de l'émetteur sont admis aux négociations sur un marché réglementé, on peut penser que le conseil d'administration (ou le directoire) autorisera rarement la souscription à titre réductible.

559 Suppression du droit préférentiel de souscription ◇ Certaines augmentations de capital nécessitent que les actionnaires renoncent à leur droit préférentiel de souscription à titre irréductible. Tel est le cas lorsqu'un nouveau groupe souhaite entrer dans la société ¹ ou lorsqu'un créancier important accepte de convertir sa créance en actions (*infra*, n° 562). L'intérêt individuel des actionnaires doit être alors sacrifié à l'intérêt collectif de la société ². L'ordonnance du 24 juin 2004 a souhaité permettre aux émetteurs de réaliser des augmentations de capital dans des conditions attractives pour les investisseurs. Cependant, certaines précautions ont été prises pour protéger les droits des actionnaires. Seule l'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise l'augmentation de capital peut supprimer le droit préférentiel de souscription. La suppression peut être totale ou ne porter que sur une ou plusieurs tranches de l'augmentation du capital.

L'assemblée statue sur le rapport du conseil d'administration (ou du directoire). Lorsque c'est l'assemblée elle-même qui décide l'augmentation de capital, elle statue également sur rapport du commissaire aux comptes. En cas de délégation (*supra*, n° 552-6), le commissaire aux comptes devra

1. A cette occasion, certains engagements peuvent être pris par la société émettrice, cf. par ex. Paris 21 févr. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 262, n° 44 et S. Sylvestre, *Validité de la promesse de rachat consentie par la société émettrice au souscripteur de titres qu'elle a émis*, *Bull. Joly* 2004, p. 179, n° 28.

2. Paris, 27 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 677, n° 255, P. Le Cannu ; JCP E 1997, I, 676, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain (pas d'action paulienne en cas de renonciation au droit préférentiel de souscription de l'associé de SARL dont les parts sont nanties).

établir un rapport au conseil d'administration (ou au directoire) lorsqu'il sera procédé à l'émission (art. L. 225-135, al. 1^{er}). Le rapport des dirigeants indique le montant et les motifs de l'augmentation de capital, les raisons pour lesquelles la suppression du droit préférentiel est proposée et les modalités d'attribution des actions nouvelles. Le commissaire aux comptes dans son rapport donne son avis sur la proposition de suppression du droit préférentiel de souscription et sur les éléments de calcul du prix d'émission. Il certifie que ces éléments sont exacts et sincères (art. R. 225-114 s.)¹. L'absence de rapport entraînerait la nullité de l'opération (art. L. 225-149-3, al. 3). L'insuffisance des rapports équivaldrait à l'absence de rapport si les actionnaires n'avaient pu, en raison de cette insuffisance, se prononcer en toute connaissance de cause².

Les résolutions sur la suppression du DPS sont désormais volontiers contestées par les actionnaires, qui n'admettent pas que leur participation soit ainsi diluée. C'est ainsi que 21 ont été repoussées en 2007 (*Technip, Bull, Veritas...*)³.

L'assemblée générale qui décide l'augmentation de capital peut la **réserver à une ou plusieurs personnes** nommément désignées (par exemple des investisseurs qui acceptent de renflouer la société) ou à des catégories de personnes⁴ répondant à des caractéristiques déterminées (catégorie de salariés, d'investisseurs, d'actionnaires...). Les personnes nommément désignées ne peuvent alors prendre part au vote si elles sont déjà actionnaires et le quorum ainsi que la majorité requise doivent être calculés après déduction des actions qu'elles possèdent. La procédure prévue pour les avantages particuliers n'est pas applicable (art. L. 225-138 I, al. 1^{er}).

Lorsque l'AGE supprime le DPS en faveur d'une ou plusieurs catégories de personnes répondant à des caractéristiques qu'elle fixe, elle peut déléguer au conseil d'administration (ou au directoire) 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 du plafond global (al. 2).

Le **prix d'émission** des actions nouvelles ou les conditions de fixation de ce prix sont déterminés par l'assemblée générale extraordinaire sur rapport du conseil d'administration (ou du directoire) et sur rapport spécial du commissaire aux comptes (art. L. 225-138, II).

Si l'opération se réalise par une offre au public (ou par une offre visée au II de l'article L. 411-2 CMF) sans DPS, l'émission est soumise aux conditions suivantes :

1. Sur la responsabilité du commissaire aux comptes pour insuffisance de son rapport, Com. 11 juill. 2000, *BCNCC* n° 121-2001, p. 106, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 2000, p. 1045, n° 258, A. Couret ; *JCP E* 2000, p. 1807, A. Viandier et J. J. Caussain et p. 2049, Th. Granier ; *RTD com.* 2000, p. 943, Cl. Champaud et D. Danet.
2. Paris, 19 mars 1981, *JCP* 1982, II, 19720, concl. Jéol, note Y. Guyon.
3. *Les Echos*, 6 février 2008.
4. Sur cette notion, cf. *Rev. AMF*, nov. 2004, p. 79 ; Th. Bonneau, *Dr. sociétés* 2005, n° 53.

- pour les sociétés dont les titres de capital sont admis aux négociations sur un marché réglementé et dans la mesure où les valeurs mobilières à émettre leur sont assimilables, le prix d'émission doit être fixé selon des modalités prévues par décret en Conseil d'État, après avis de l'AMF (art. L. 225-136 1°, al. 1^{er})¹. Selon l'article R. 225-119, le prix d'émission doit être 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 %. A été ainsi abandonnée la règle trop rigide des « dix parmi les vingt » qui voulait que le prix soit au moins égal à la moyenne des cours constatés pendant les dix jours de bourse consécutifs choisis parmi les vingt derniers jours précédant le début de l'émission². La détermination par décret des règles de fixation du prix doit permettre une adaptation plus simple aux nécessités du marché tout en offrant une garantie contre d'éventuelles manipulations de cours.

Cependant, dans la limite de 10 % du capital social par an, l'AGE peut autoriser le conseil d'administration (ou le directoire) à fixer le prix d'émission selon des modalités qu'elle détermine au vu d'un rapport du conseil d'administration (ou du directoire) et d'un rapport spécial du commissaire aux comptes. Lorsqu'il est fait usage de cette autorisation, le conseil d'administration (ou le directoire) établit un rapport complémentaire, certifié par le commissaire aux comptes, décrivant les conditions définitives de l'opération et donnant des éléments d'appréciation de l'incidence effective sur la situation de l'actionnaire (id., al. 2). Cette réforme qui permet une augmentation de capital « en continu » (« au fil de l'eau ») a été introduite par l'ordonnance du 24 juin 2004, en réponse à une forte demande de la place qui souhaitait bénéficier d'un mécanisme plus souple en période de fortes fluctuations boursières³.

- Dans les autres cas, le prix d'émission ou les conditions de fixation de ce prix sont librement déterminés par l'AGE sur rapport du conseil d'administration (ou du directoire) et sur rapport spécial du commissaire aux comptes (art. L. 225-136, 2°).

Lorsque l'augmentation de capital, avec suppression du DPS, est réservée aux salariés, adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise, un régime particulier est organisé par l'article L. 225-138-1.

Une pratique fréquente a consisté à remplacer le droit préférentiel de souscription par un droit de souscrire en priorité pendant une très courte période, droit qui n'est ni négociable ni cessible⁴. Cette pratique a été « légalisée » par l'ordonnance du 24 juin 2004 : dans les sociétés dont les titres de capital sont admis aux négociations sur un marché réglementé,

1. Cf. Recommandation AMF 6 juillet 2009.

2. D. Bompard, *La règle des dix parmi les vingt, Actes pratiques et ingénierie sociétair*e, n° 7, janv.-févr. 2004, p. 20.

3. V. rapport au président de la République, p. 4. L'émission de titres de capital réalisée par une offre visée au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier est limitée à 20 % du capital social par an (art. L. 225-136, 3° nouv.).

4. Cf. G. Endréo, *Le droit prioritaire de souscription aux titres de capital*, *Rev. dr. bancaire* 1987, 114 ; *Bull. COB* n° 202, avr. 1987, suppl. ; J.-J. Anville N'Goran, *Le rôle de la COB dans la défense du droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital*, *D. aff.* 1998, p. 1074.

l'assemblée peut prévoir que l'augmentation de capital qu'elle décide ou autorise comporte un **délai de priorité** en faveur des actionnaires, dont la durée doit être égale à au moins trois jours de bourse (art. 225-135, al. 2 ; art. R. 225-131) ¹.

560 *Renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription* ²

◇ Depuis la loi du 3 janvier 1983, les actionnaires peuvent renoncer à titre individuel à leur droit préférentiel (art. L. 225-132, al. 4). Cette mesure a été prise pour accélérer la réalisation de l'augmentation de capital.

L'actionnaire qui renonce doit en aviser la société par lettre recommandée. La renonciation faite au profit de bénéficiaires dénommés doit être accompagnée de l'acceptation de ces derniers. Dans les sociétés dont les actions sont cotées, la renonciation ne peut être faite au profit de bénéficiaires dénommés (art. R. 225-122 nouv.).

C. Réalisation de l'augmentation de capital

561 *Souscription des actions* ◇ L'augmentation de capital est une opération qui ressemble beaucoup à la constitution de la société ³. L'ordonnance du 24 juin 2004 a confirmé le sens de toutes les réformes intervenues depuis 1966 : il convient de faciliter les formalités afin que les sociétés puissent mobiliser plus rapidement des capitaux extérieurs et accroître leurs fonds propres.

Les actions nouvelles sont souscrites par les anciens actionnaires à titre irréductible et éventuellement à titre réductible (*supra*, n^{os} 556 à 558), ainsi que par les acquéreurs des droits préférentiels de souscription cédés par les actionnaires. Si les actionnaires ont accepté que leur DPS soit supprimé ou s'ils y ont renoncé individuellement, ce sont des tiers, dénommés ou non, qui pourront souscrire (*supra*, n^{os} 559 et 560).

Il est évidemment impossible de prévoir quel sera le montant exact des souscriptions, c'est pourquoi l'ordonnance du 24 juin 2004 permet un ajustement de l'augmentation de capital soit à la baisse, soit à la hausse.

- Si les souscripteurs à titre irréductible et, éventuellement, à titre réductible **n'ont pas absorbé la totalité de l'augmentation de capital prévue**, le législateur permet cependant que l'opération se réalise (art. L. 225-134).

Le conseil d'administration (ou le directoire) doit alors utiliser, à son choix les possibilités qui lui sont offertes :

1. La faculté d'apprécier s'il y a lieu de prévoir un tel délai peut être déléguée par l'AGE au conseil d'administration ou au directoire (id.).

2. On rapprochera de la renonciation individuelle les hypothèses de renonciation automatique prévues par l'art. L. 225-132 (cf. A. Couret et H. Le Nabasque, *op. cit.*, n° 198).

3. Paris, 1^{er} juill. 1966, *D.* 1966, p. 653. Sur une promesse ambiguë de souscription à une augmentation de capital, Paris, 1^{er} avr. 1993, *Rev. dr. bancaire*, n° 38-1993, p. 169, M. Germain et M.A. Frison-Roche (incompétence du juge des référés).

1) limiter le montant de l'augmentation de capital au montant des souscriptions, sauf décision contraire de l'assemblée générale, qui dispose ainsi d'une faculté d'opposition. Mais, en aucun cas, le montant de l'augmentation de capital ne peut être inférieur aux 75 % de l'augmentation décidée ;

2) répartir les actions non souscrites, en totalité ou en partie, entre les actionnaires ou les tiers de son choix, à moins que l'assemblée en ait décidé autrement ;

3) offrir au public tout ou partie des actions non souscrites, à condition que l'assemblée ait expressément admis cette possibilité.

En tout cas, si le montant des actions non souscrites représente moins de 3 % de l'augmentation de capital, le conseil d'administration (ou le directoire) peut d'office, malgré toute clause ou délibération contraire, limiter cette augmentation au montant des souscriptions recueillies.

- L'assemblée générale extraordinaire peut aussi prévoir, dans une perspective de sur-souscription à l'opération, que le nombre de titres pourra être augmenté pendant un délai de trente jours à compter de la clôture de la souscription, dans la limite de 15 % de l'émission initiale et au même prix que celui retenu pour l'émission initiale (art. L. 225-135-1 ; art. R. 225-118).

En principe, les souscriptions doivent être constatées par des **bulletins de souscription** qui contiennent des indications sur la société et les modalités d'augmentation du capital (art. L. 225-143, al. 1 ; R. 225-128). Toutefois, ces bulletins ne sont pas exigés lorsque les souscriptions sont recueillies par l'intermédiaire d'établissements de crédit ou de prestataires de services d'investissement, ce qui est la pratique la plus fréquente, à charge pour eux de justifier de leur mandat (art. L. 225-143, al. 2).

Depuis 2001, la COB a autorisé plusieurs projets d'augmentations de capital fractionnées dans le temps (*equity credit line*). Cette augmentation de capital à la carte permet à la société cotée émettrice d'exercer un droit de tirage au moment de ses besoins. Une banque l'exécutera en souscrivant à l'augmentation réservée préalablement à son intention ¹.

562 Libération des actions ◇ Lors de la souscription des actions de numéraire, il doit être versé un quart au moins de la valeur nominale et, le cas échéant, la totalité de la prime d'émission. La libération du surplus doit intervenir, en une ou plusieurs fois, sur appel du conseil d'administration (ou du directoire) dans le délai de cinq ans à compter du jour où l'augmentation de capital est devenue définitive (art. L. 225-144, al. 1) ².

1. V. Position de l'AMF sur les *equity lines* ou PACEO (programmes d'augmentation de capital par exercice d'options), *Revue AMF* nov. 2007, p. 37, BRDA n° 2-2008, p. 5 ; J. M. Do Carmo Silva, *Les lignes d'actions, ou equity lines, confrontées au droit des sociétés*, D. 2002, p. 3325 ; B. Le Bars, *Les sociétés cotées fractionnent l'augmentation de capital. Augmentation de capital à la carte, ligne de crédit actions ou « equity credit line »*, JCP Ed. E. 2002, p. 1373, n° 1250 ; F. Martin-Laprade et D. Borde, *L'equity line à la française*, *Rev. dr. bancaire* juill. – août 2001, p. 267.

2. Sur le point de départ du délai de prescription en cas d'absence d'appel de fonds dans le délai de cinq ans, Paris 17 janv. 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 359, F. Pasqualini ; JCP E 2008, 1951, V. Thomas ; *RTD com.* 2008, p. 348, Cl. Champaud et D. Danet.

La loi du 10 juin 1994, qui exige que les actions de numéraire soient libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale (art. L. 225-3, al. 2 ; *supra*, n° 260) quand la société se constitue, n'a pas modifié l'article L. 225-144 sur l'augmentation de capital. Le plus souvent, cependant, la société réclame une libération intégrale immédiatement. Au cas où l'augmentation de capital serait une opération mixte, avec une libération pour partie en espèces et pour partie par voie d'incorporation de réserves, bénéfices ou primes, la loi exige une libération intégrale lors de la souscription (art. L. 228-7, al. 1).

Le montant de la souscription est généralement libéré par un **versement en espèces** ou assimilé (chèques bancaire ou postal) ¹... Les fonds provenant des souscriptions doivent être déposés pour le compte de la société, à la Caisse des dépôts et consignations, chez un notaire ou dans une banque dans les huit jours de la réception des fonds (art. L. 225-144, al. 2, L. 225-5, al. 1 ; art. R. 225-129, R. 225-6). Les souscriptions et les versements sont constatés par un certificat du dépositaire établi au moment du dépôt des fonds sur présentation des bulletins de souscription (art. L. 225-146, al. 1) ².

Mais la libération est également possible **par compensation avec une créance** sur la société. En ce cas, le souscripteur doit détenir à l'encontre de la société une créance liquide et exigible (art. L. 225-128, al. 2) et cette créance doit faire l'objet d'un arrêté de compte établi par le conseil d'administration (ou le directoire) et certifié exact par le commissaire aux comptes (art. R. 225-134). La libération par compensation est ensuite constatée par le commissaire aux comptes ou un notaire (art. L. 225-146, al. 2).

La libération par compensation est assez fréquente en pratique, notamment de la part des dirigeants qui ont le plus souvent un compte courant dans les caisses de la société ³.

En principe, l'augmentation de capital par émission d'actions de numéraire est réalisée à la date du certificat établi par le dépositaire des fonds (art. R. 225-135), ce qui permet de modifier les statuts et d'accomplir les forma-

1. Pour un exemple d'apport fictif, Civ. 3^e, 19 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 917, n° 330, P. Le Cannu (fonds provenant d'un emprunt consenti à la société elle-même).

2. Cf. sur une condamnation pour abus de confiance en cas de détournement de sommes destinées à une augmentation de capital, Crim. 16 oct. 2002, *RJDA* 2003, p. 442, n° 496 (gérant de SARL). Sur la nécessité pour la banque de déposer les fonds dans un compte destiné spécifiquement à l'opération d'augmentation de capital, v. Com. 22 mars 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 359, n° 106. Sur la responsabilité du banquier qui débloque trop rapidement les fonds, Com. 26 nov. 1996 *RJDA* 1997, p. 236, n° 370 (SNC) ; Com. 20 juin 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 144, H. Hovasse. Sur la preuve de la libération, cf. Paris, 24 avr. 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 476, Y.G. La date de jouissance définit le moment à partir duquel le souscripteur des actions nouvelles acquiert ses droits à la distribution du dividende. Cf. R. Foy, *Le droit aux dividendes des actions nouvelles*, *Dr. sociétés* déc. 1995, Chron. 12.

3. I. Urbain-Parléani, *Les comptes courants d'associés*, préf. C. Gavalda, LGDJ 1986, n° 540. L'actionnaire peut se prévaloir de la compensation légale si celle-ci intervient avant l'ouverture de la procédure collective. Il ne le peut pas si elle intervient après, la condition de connexité n'étant pas remplie, Com. 8 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 477, n° 102, F. X. Lucas ; D. 2002, p. 485, A. Lienhard.

lités de publicité. Dans les sociétés recourant à une offre au public pour le placement de leurs actions, l'augmentation de capital est réputée réalisée dès qu'un ou plusieurs établissements de crédit ont garanti de manière irrévocable sa **bonne fin**, ce qui offre la possibilité de gagner un temps précieux ¹.

L'augmentation de capital est réalisée à la date de signature du contrat de garantie. Le versement de la fraction libérée du montant nominal des actions et de la totalité de la prime d'émission doit intervenir dans les trente-cinq jours qui suivent la clôture du délai de souscription (art. L. 225-145 ; R. 225-135) ².

Si l'augmentation de capital n'est pas réalisée dans le délai de six mois à compter de l'ouverture de la souscription, tout souscripteur peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, sous déduction des frais de répartition (art. L. 225-144, al. 3 ; L. 225-11, al. 2 ; R. 225-12) ³.

C. L'augmentation du capital par apports en nature

563 Intérêt de l'opération pour la société ◇ Avec cette modalité d'augmentation du capital, la société ne cherche pas tellement à augmenter ses capacités de financement. Elle veut surtout faire entrer dans le patrimoine social tel immeuble, tel brevet ou fonds de commerce, l'apporteur devenant actionnaire. Des règles particulières sont applicables ⁴. Elles se rapprochent de celles qui jouent lorsque la société se constitue en ayant recours à des apports en nature ⁵.

564 Conditions ◇ À la différence de ce qui est prévu pour les apports en numéraire, il n'est pas nécessaire que le capital antérieurement souscrit ait été entièrement libéré (art. L. 225-131, al. 1). Un apport en nature peut en effet être intéressant pour la société, à un moment où les actionnaires n'ont

1. Par l'engagement de bonne fin, ces établissements s'engagent à souscrire les actions nouvelles qui resteraient disponibles à la clôture des opérations. Cf. F. Barrière, *L'augmentation de capital réputée réalisée*, *Rev. sociétés* 2008, p. 731.

2. T. com. Paris (réf.) 29 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, 767, J.-P. Marchi.

3. Paris, 25 janv. 1978, *Bull. Joly*, 1978, p. 249, n° 120. Sur l'impossibilité de reporter la souscription sur une autre augmentation sans l'accord du souscripteur, Paris 17 janv. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 447, n° 89, J. J. Daigre.

4. Elles s'appliquent non seulement en cas d'apports en nature mais également en cas de stipulation d'avantages particuliers (art. L. 225-147).

5. *Fiscalement*, les apports en nature effectués en cours de vie sociale, à l'occasion d'une augmentation de capital, relèvent du même régime que celui applicable aux apports lors de la constitution d'une société (*supra*, n° 34-1). Il faut toutefois faire une exception pour le droit fixe de 375 € ou 500 €, éventuellement exigible en ce qui concerne les apports liés à une augmentation de capital, et dont sont exonérés ceux effectués lors d'une constitution de société.

pas encore été appelés à verser le montant total des actions qu'ils ont souscrites (*supra*, n° 554) ¹.

Les actionnaires anciens n'ont pas de droit préférentiel de souscription (art. L. 225-132, al. 2), puisque la société a besoin d'un bien déterminé que seul son propriétaire peut lui fournir ².

Enfin, si la société a déjà constitué des réserves ou des plus-values d'actif apparentes ou latentes, les actions nouvelles seront émises au montant nominal majoré d'une prime d'émission, qui prend ici le nom de *prime d'apport*, mais qui joue le même rôle (*supra*, n° 555).

565 Procédure ³ ◇ En pratique, préalablement aux formalités prévues par la loi, l'apporteur et la société se mettent d'accord dans un **contrat d'apport** (« traité d'apport ») sur la consistance des biens dont l'apport est envisagé, leur évaluation, le nombre d'actions nouvelles à émettre, la prime d'apport, les avantages particuliers éventuellement prévus. Le traité d'apport est signé par l'apporteur et le représentant légal de la société dûment autorisé par le conseil d'administration (ou le directoire). Mais la société n'est engagée que sous réserve de l'approbation du traité par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires.

À la requête du directeur général (ou du président du directoire) de la société bénéficiaire, le président du tribunal de commerce désigne un ou plusieurs **commissaires aux apports** choisis parmi les commissaires aux comptes ou les experts inscrits (art. L. 225-147) ⁴.

Les commissaires aux apports doivent apprécier sous leur responsabilité la valeur des apports en nature et les avantages particuliers (art. L. 225-147, al. 2) ⁵. Dans l'accomplissement de leur mission, ils peuvent se faire assister par un ou plusieurs experts de leur choix (art. R. 225-136, al. 1 et R. 225-7, al. 3). L'article R. 225-136 fixe les mentions principales de leur rapport, le délai dans lequel il doit être remis et les conditions dans lesquelles il est mis à la disposition des actionnaires (art. L. 225-147, al. 2).

L'**assemblée générale extraordinaire** statue aux conditions de quorum et de majorité classiques (art. L. 225-129-I, L. 225-96 ; *supra*, n°s 491 s.). Toutefois, les actions de l'apporteur ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité, et il n'a voix délibérative ni pour lui-même, ni comme mandataire (art. L. 225-147, al. 2 ; L. 225-10). L'assemblée a toute liberté. N'étant pas liée par les conclusions du commissaire aux apports, elle peut s'en tenir à l'évaluation figurant dans le traité d'apport. Mais les dirigeants

1. G. Giuliani, *De l'augmentation de capital par apport en nature sous condition suspensive dans les sociétés par actions*, JCP E 2006, 2199.

2. Y. Guyon, n° 435 ; CJCE 19 nov. 1996, Bull. Joly 1997, p. 121, n° 41, M. Luby.

3. A. Couret et alii, *Augmentation de capital par apports en nature sur quelques interrogations récurrentes*, Bull. Joly 2009, p. 708, n° 144.

4. Les commissaires aux apports sont soumis aux incompatibilités de l'article L. 822-11 (cf. art. L. 225-8, al. 1^{er} nouv.).

5. V. pour la responsabilité pénale en cas de surévaluation frauduleuse (art. L. 242-2), Crim. 12 avr. 1976 (aff. du *Bon Marché*), Rev. sociétés 1977, 293, B. Boulloc ; JCP 1977, II, 18523, Y. Guyon.

risquent alors de se voir reprocher d'avoir participé à une majoration frauduleuse d'apports (art. L. 242-2) ¹. Les actionnaires pourraient aussi réduire l'évaluation des apports, mais seulement avec l'approbation expresse des apporteurs. À défaut, l'augmentation de capital ne serait pas réalisée (art. L. 225-147, al. 4).

Le plus souvent, l'assemblée approuve l'évaluation des apports. Elle constate alors la réalisation de l'augmentation du capital (art. L. 225-147, al. 3), et les formalités d'enregistrement et de publicité doivent être effectuées.

Les **actions d'apport** doivent être intégralement libérées dès leur émission (art. L. 225-147, al. 5 ; pour les sanctions pénales, art. L. 242-17, II et IV). Et ces actions sont désormais négociables dès que l'assemblée a constaté la réalisation de l'augmentation de capital, après approbation de l'évaluation des apports en nature (art. L. 228-10, al. 1).

Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 ², lorsque les titres de la société sont admis aux négociations sur un marché réglementé, l'AGE peut **déléguer**, pour une durée maximale de vingt-six mois, au conseil d'administration (ou au directoire) les pouvoirs nécessaires à l'effet de procéder à une augmentation de capital, dans la limite de 10 % de son capital, en vue de rémunérer des apports en nature consentis à la société et constitués de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, lorsque les dispositions de l'article L. 225-148 ne sont pas applicables, c'est-à-dire en dehors d'une OPE (art. L. 225-147). Cette mesure nouvelle est destinée à permettre aux sociétés cotées de financer rapidement des acquisitions « payées en papier ».

L'article L. 225-148 prévoit que les dispositions de l'article L. 225-147 ne sont pas applicables dans le cas où une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé procède à une augmentation de capital à l'effet de rémunérer des titres apportés à une OPE sur des titres d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'espace économique européen ou membre de l'Organisation de coopération et de développement économique. L'augmentation de capital doit alors intervenir dans les conditions prévues aux articles L. 225-129 à L. 225-129-6.

D. L'augmentation du capital par incorporation des réserves, bénéfices ou primes d'émission

566 Intérêts de l'opération ◇ L'augmentation du capital en numéraire permet de faire entrer de l'argent frais dans la société ou de réduire ses dettes (*supra*, n° 562). L'augmentation de capital en nature permet de faire entrer un bien nouveau (*supra*, n° 563). Quant à l'augmentation du capital par

1. La surévaluation ne saurait entraîner la nullité de l'assemblée. V. cependant la position de la COB in *Rapport pour l'année 1975*, p. 29.

2. B. Le Bars, *Le nouveau visage des augmentations de capital par apport en nature*, *Rev. dr. banc.* oct. 2004, p. 369.

incorporation des réserves, bénéfices ou primes d'émission, elle ne présente aucun de ces avantages puisqu'elle n'est qu'un **simple jeu d'écritures**, consistant en un virement au compte « capital » d'une somme prélevée sur un ou plusieurs comptes de réserves. Cependant c'est une opération assez fréquente, dont les intérêts ne sont pas minces, et qui est vue avec beaucoup de faveur par l'administration fiscale, qui ne prévoit au titre des droits d'enregistrement qu'un droit fixe de 375 € ou de 500 € (art. 812-1-1° bis CGI) ¹. La société en augmentant son capital social, « gage des créanciers » ², développe son crédit, et cette opération est souvent exigée par les banquiers comme préalable à l'octroi d'un crédit à l'entreprise. Elle augmente la confiance des partenaires de la société. Elle peut également permettre, grâce à une distribution d'actions, de faire participer les salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise.

Pour les actionnaires, elle se concrétise généralement par une distribution gratuite d'actions (*infra*, n° 568), psychologiquement toujours bien perçue, et qui leur permet, par la cession des titres, de mobiliser leur droit virtuel sur les réserves.

La société l'*Air Liquide* a longtemps fidélisé ses actionnaires par une distribution régulière d'actions gratuites. Cependant, depuis 2000, les sociétés semblent plus dans une logique de rachat d'actions et de distribution de dividendes ³.

Fiscalement, l'opération n'est pas soumise à l'impôt sur le revenu des personnes physiques, comme l'est la distribution de dividendes (*supra*, n° 301) ⁴.

Le législateur, compte tenu de ces différents intérêts, a entendu favoriser les conditions de l'opération ⁵.

Autrefois, l'opinion avait été soutenue selon laquelle l'incorporation de réserves comporterait une double opération de distribution des réserves aux actionnaires et de souscription par ceux-ci de nouvelles actions. Cette analyse a été très nettement condamnée par la Cour de cassation qui considère qu'il y a un simple virement du compte « réserves » au compte « capital », ne donnant lieu ni à une souscription d'actions en numéraire, ni à un apport en nature ⁶, la somme prélevée n'étant jamais sortie du patrimoine social. Cette analyse est aujourd'hui unanimement admise.

1. V. cependant sur certaines difficultés que peut engendrer cette capitalisation, S. de Vendeuil, *JCP E* 1994, panor. p. 182.

2. V. cependant *supra*, n° 551.

3. *Les Échos* 28 sept. 2005.

4. Art. 159-2° CGI ; cf. A. Chappert, *Augmentation de capital par incorporation de réserves et plus-values privées*, *Defrénois* 1999, art. 36957.

5. Sur le caractère obligatoire de l'augmentation de capital prévue par l'article 43, D. 31 déc. 1966, SCP d'huissiers de justice, Civ. 1^{re}, 16 juill. 1998, *JCP E* 1998, p. 1736, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1998, p. 778, J.-F. Barbiéri ; *Dr. sociétés* 1998, n° 121, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1999, p. 110, Cl. Champaud et D. Danet.

6. Com. 16 déc. 1969, *JCP* 1970, II, 16367, N. Bernard ; *RTD com.* 1970, p. 437, n° 16, R. Houin.

- 567 Conditions** ◇ Rien ne s'oppose à ce que l'augmentation de capital par incorporation de réserves soit réalisée alors que le capital de la société n'a pas été intégralement libéré.

Toutes les réserves comptabilisées ¹ peuvent être incorporées : réserves facultatives, réserves statutaires, réserve de réévaluation et même la réserve légale à condition de la reconstituer. Une société peut également incorporer les primes d'émission, d'apport ou de fusion (*supra*, n^{os} 555 et 564, *infra*, n^o 677) ainsi que les bénéfices d'un exercice sans les faire passer par un compte de réserves (*cf.* art. L. 225-128, al. 2 issu de l'ordonnance du 24 juin 2004).

La « réserve spéciale de participation » qui constate en réalité une créance des salariés sur la société, n'est pas incorporable, n'étant pas une véritable réserve.

L'opération, entraînant une modification des statuts, ne peut être décidée que par l'assemblée générale extraordinaire, mais, exceptionnellement, elle statue aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées ordinaires (art. L. 225-130, al. 1^{er}).

Suivant le droit commun, l'assemblée peut procéder immédiatement à l'augmentation de capital ou déléguer ses pouvoirs au conseil d'administration (ou au directoire ; art. L. 225-129 ; L. 225-130).

- 568 Réalisation** ◇ L'opération est très simple : elle se réalise par un virement au compte « capital », le compte « réserves » concerné étant diminué d'autant, voire supprimé ². L'incorporation peut être effectuée soit par élévation du nominal, soit par distribution de titres de capital gratuits (art. L. 225-130, al. 1^{er}) ³.

L'élévation de la valeur nominale des actions anciennes ⁴ a l'avantage de ne pas poser de problèmes de « rompus », mais comme cette opération ne change rien à la valeur intrinsèque de l'action, les actionnaires préfèrent le second procédé.

L'attribution d'actions nouvelles gratuites aux actionnaires, actions ordinaires ou de préférence, se fait en proportion de leurs droits dans le capital ⁵.

1. V. pour un exemple d'augmentation de capital fictive et ses conséquences, Com. 16 oct. 1978, JCP 1978, IV, 352.

2. Paris, 20 févr. 1998, D. aff. 1998, p. 543 (opération réalisée par les bénéfices d'un exercice arrêté, sans passer par un compte de réserves).

3. Sur la situation lorsque certains actionnaires ou leurs héritiers ne réclament pas les titres auxquels ils ont droit, *cf.* art. L. 228-6-3, introduit par l'ordonnance du 24 juin 2004.

4. Cette modalité ne nécessite pas le consentement unanime des actionnaires (*cf.* art. L. 225-130, al. 2). En revanche, si cette modalité n'était pas adoptée, il y aurait une souscription obligatoire qui exigerait l'unanimité des actionnaires puisqu'il y aurait augmentation de leurs engagements envers la société (art. L. 225-96, al. 1^{er}).

5. Sur l'attribution des actions nouvelles en régime de communauté matrimoniale, *cf.* A. Colomer, *préc.*, *Defrénois* 1981, art. 32 612, n^o 40 s.

Par exemple, lorsqu'une société au capital de 4 000 000 €, divisé en 40 000 actions de 100 € augmente son capital de 1 000 000 €, en créant 10 000 actions de 100 €, tout actionnaire détenant quatre actions anciennes, se verra attribuer une action nouvelle. On rencontre ici un nouveau problème de « rompus » (*supra*, n° 557). L'actionnaire qui détient dix-sept actions devra, en cas d'attribution d'une pour quatre, soit vendre un droit d'attribution et il obtiendra quatre actions nouvelles, soit acheter trois droits et il obtiendra cinq actions nouvelles.

Les *droits d'attribution* sont négociables si les actions anciennes auxquelles ils sont attachés sont elles-mêmes négociables, ou cessibles par les voies civiles si les actions ne sont pas négociables (art. L. 225-149) ¹. Cependant, pour alléger le traitement des « rompus », spécialement dans les sociétés cotées en bourse, l'assemblée générale peut décider que les droits d'attribution formant rompus ne sont ni négociables, ni cessibles et que les titres de capital correspondants seront vendus. Les sommes provenant de la vente sont alors alloués aux titulaires des droits au plus tard trente jours après la date d'inscription sur leur compte du nombre d'actions leur revenant (art. L. 225-130, al. 1^{er} et R. 225-130).

E. L'augmentation du capital résultant de l'exercice de droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital

568-1 Modalités ◇ L'ordonnance du 24 juin 2004 a unifié les dispositions relatives à l'augmentation du capital résultant de l'exercice de droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital (OBSA, ORA, ABSA, BSA...).

Lorsque la décision est prise par l'assemblée générale extraordinaire d'émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital, elle emporte par elle-même renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription aux titres de capital (actions ordinaires ou de préférence) auxquels les valeurs mobilières émises donnent droit (art. L. 225-132 *in fine*).

L'augmentation de capital résultant de l'exercice de ces droits échappe aux formalités liées aux « opérations classiques » (absence de publicité, de dépôt de fonds, de certificat du dépositaire, *cf.* art. L. 225-149, al. 1).

Lorsque le titulaire d'une valeur composée n'a pas droit à un nombre entier d'actions, la fraction formant rompu fait l'objet d'un versement en espèces.

1. S'il y a des actions grevées d'un usufruit, les droits d'attribution appartiennent au propriétaire sous réserve des droits de l'usufruitier (art. L. 225-149 *in fine*), ce qui implique que les actions nouvelles sont également soumises à démembrement. Rappr. Com. 8 févr. 1957, *RTD com.* 1957, p. 677, n° 7, J. Rault.

Ce versement est égal au produit de la fraction d'action formant rompu par la valeur de l'action (art. R. 228-94, al. 1).

L'augmentation de capital est définitivement réalisée du seul fait de l'exercice des droits et, le cas échéant, des versements correspondants (al. 2). Dans un souci de simplification, à tout moment de l'exercice en cours et au plus tard lors de la première réunion suivant la clôture de celui-ci, le conseil d'administration (ou le directoire) est autorisé à constater, s'il y a lieu, le nombre et le montant nominal des actions créées au profit des titulaires des droits au cours de l'exercice écoulé et à apporter les modifications nécessaires aux clauses des statuts relatives au montant du capital social et au nombre des titres qui le composent (al. 3) ¹.

En cas d'émission de nouveaux titres de capital ou de nouvelles valeurs mobilières donnant accès au capital ainsi qu'en cas de fusion ou de scission de la société appelée à émettre de tels titres, le conseil d'administration (ou le directoire) peut suspendre, pendant un délai maximum fixé par décret la possibilité d'obtenir l'attribution de titres de capital. Les titres de capital obtenus, à l'issue de cette période de suspension, par l'exercice des droits attachés aux valeurs mobilières donnent droit aux dividendes versés au titre de l'exercice au cours duquel ils ont été émis, sauf disposition contraire du contrat d'émission (art. L. 225-149-1).

Lorsque les droits attachés aux titres donnant accès au capital ont été utilisés ou ont été acquis par la société émettrice (ou par la société appelée à émettre de nouveaux titres de capital), ils sont annulés par la société émettrice (art. L. 225-149-2).

§ 2. La réduction du capital ²

569 Nature et motifs de l'opération ◇ Une modification des statuts, consistant à réduire le capital social, peut être décidée en assemblée générale extraordinaire.

La réduction du capital ne doit pas être confondue avec l'amortissement des actions. L'amortissement n'entraîne pas de réduction du capital (art. L. 225-198, al. 1) : les sommes versées aux actionnaires par anticipation sur leur part leur revenant lors de la liquidation, ne peuvent être prélevées que sur les bénéfices ou les réserves distribuables (*supra*, n° 288).

La réduction du capital intervient généralement **lorsque la société a subi des pertes**. Mesure d'assainissement financier, elle permet d'aligner le capital social sur l'actif réel net. Elle peut faciliter la reprise de la distribution des dividendes lorsque la société, après avoir accumulé des pertes, recom-

1. Sur délégation du conseil d'administration (ou du directoire), le directeur général (ou le président du directoire) peut également procéder à ces opérations (art. L. 225-149, al. 4).

2. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1999, p. 262.

mence à faire des bénéfices. En effet, hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite lorsque les capitaux propres sont, ou deviendraient à la suite de celle-ci, inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer (art. L. 232-11, al. 3). Elle peut également être le préalable à l'entrée d'un nouvel actionnaire apportant de l'argent frais. C'est la pratique du « *coup d'accordéon* » (*infra*, n° 572). Enfin, dans le cas de perte de moitié du capital social, la réduction du capital peut être imposée (art. L. 225-248, *infra*, n° 587).

Dans les sociétés prospères, la réduction du capital est plus rare. Lorsque le capital social est reconnu trop important par rapport au volume d'activité ou aux besoins de trésorerie, il pourrait être souhaitable de le réduire, mais l'opération est exceptionnelle car elle a normalement de lourdes conséquences fiscales. La réduction peut cependant être un moyen de dispenser les actionnaires de verser la partie non libérée des actions qu'ils ont souscrites. Elle peut également intervenir plus libéralement dans le cadre d'une opération de rachat par la société de ses propres actions à des fins de gestion financière (*supra*, n° 279 s.). Cette restructuration de l'actionnariat peut permettre de réduire le capital flottant et de consolider le « noyau dur ».

570 Conditions ◇ L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour autoriser ou décider la réduction du capital social. Mais elle peut **déléguer** au conseil d'administration (ou au directoire) tous pouvoirs pour la réaliser (art. L. 225-204, al. 1 et 3). Un rapport établi par le commissaire aux comptes sur l'opération envisagée est communiqué aux actionnaires (art. L. 225-204, al. 2) ¹. Ce rapport fait connaître son appréciation sur les causes et les conditions de l'opération pour que l'assemblée puisse se prononcer en toute connaissance de cause.

En aucun cas, la réduction du capital ne peut porter atteinte à l'**égalité des actionnaires** ² (art. L. 225-204, al. 1 et L. 242-23-1° pour les sanctions pénales). En réalité, il s'agit plutôt d'une égalité entre les actions de même catégorie, et l'on s'accorde pour admettre qu'une inégalité pourrait être acceptée par chacun des actionnaires auxquels un sacrifice serait demandé ³.

Concernant les **créanciers sociaux** qui voient leur gage diminuer, ils ne peuvent pas s'opposer à la réduction du capital pour cause de pertes, c'est une mesure d'assainissement financier (art. L. 225-205 *a contrario*). En revanche, si la réduction n'est pas motivée par des pertes, le représentant de la masse des obligataires et les créanciers, dont la créance est antérieure à la date du dépôt au greffe du procès-verbal de délibération, peuvent former **opposition** à la réduction dans un délai de vingt jours suivant la date de ce

1. Sur l'absence de nullité à défaut de rapport, Paris, 21 mars 2000 *Bull. Joly* 2000, p. 960, n° 245, P. Le Cannu ; *RTD com.* 2000, p. 659, Cl. Champaud et D. Danet.

2. Cf. J. Mestre, art. préc., *L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)*, *Rev. sociétés* 1989, p. 399 ; Paris 21 févr. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 262, n° 44, S. Sylvestre.

3. Par ex. *Mémento Lefebvre* n° 12171 ; Y. Chartier, n° 181.

dépôt¹. L'opposition est portée devant le tribunal de commerce (art. L. 225-205, al. 1 et R. 225-152). Le tribunal peut alors soit rejeter l'opposition, soit ordonner la constitution de garanties, si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes, soit ordonner le remboursement des créances (art. L. 225-205, al. 2).

Afin de garantir les droits des créanciers, les opérations de réduction du capital ne peuvent commencer ni pendant le délai d'opposition, ni avant que le tribunal ait statué sur l'opposition éventuellement formée (art. L. 225-205, al. 3).

Si le tribunal accueille l'opposition, la procédure de réduction du capital est immédiatement interrompue jusqu'à la constitution de garanties suffisantes ou jusqu'au remboursement des créances ; s'il la rejette, les opérations de réduction peuvent commencer (art. L. 225-205, al. 4).

Enfin, le capital social **ne peut être réduit au-dessous du minimum légal** (37 000 € pour toutes les sociétés, qu'elles soient cotées ou non, art. L. 224-2 nouv.) que sous la condition suspensive d'une augmentation ayant pour effet de porter le capital à un montant au moins égal au minimum légal, ou d'une transformation de la société en société d'une autre forme (art. L. 224-1).

571 **Réalisation** ◇ La réduction du capital peut s'opérer soit par réduction de la valeur nominale des actions, soit par diminution de leur nombre.

La *réduction du nominal* des actions est de plus en plus souvent pratiquée en raison, notamment, de la suppression du nominal légal minimum (*supra*, n° 277).

La *diminution du nombre des actions* a l'inconvénient d'éliminer de la société les actionnaires qui ne possèdent pas le nombre suffisant d'actions anciennes pour obtenir une action nouvelle².

Si, par exemple, trois actions anciennes de 100 € sont remplacées par une action nouvelle de 100 €, l'actionnaire qui ne possède que deux actions est obligé d'en acheter une pour pouvoir rester dans la société. Celui qui en possède quatre devra soit en vendre une, soit en acheter deux. Il y a là un nouveau problème de « rompus » (*supra*, n°s 557 et 568).

L'obligation d'acheter des actions pour rester dans la société est incontestablement une augmentation des engagements des actionnaires, qui normalement ne peut être décidée qu'à l'unanimité (*supra*, n° 489). Cependant, au nom de l'intérêt social, cette modalité de réduction est admise, dès lors qu'elle est imposée par des pertes.

Le procès-verbal de la décision prise en assemblée générale de réduire le capital doit être déposé dans le délai d'un mois au greffe du tribunal de

1. Sur la possibilité d'une action paulienne des créanciers, qui implique que la fraude soit prouvée, mais qui permet de bénéficier de la prescription trentenaire, Com. 11 févr. 1986, JCP E 1986, 15 823, n° 22, E. Le Dolley et J. Richard.

2. Com. 25 mars 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 824, n° 175 (devoir de conseil de l'expert-comptable).

commerce (art. R. 123-107). Lorsque la réduction de capital est devenue définitive, elle fait l'objet des mesures de publicité habituelles en cas de modification des statuts, sous peine de sanctions pénales envers les dirigeants (art. L. 242-23-2°).

571-1 Fiscalité de la réduction de capital ◇ Lorsqu'elle est motivée par des pertes, la réduction de capital ne donne en principe lieu à aucune imposition, hormis le droit fixe de 375 € ou 500 € pour les sociétés ayant un capital d'au moins 225 000 € (art. 814 C CGI) ¹.

Il en a été longtemps autrement lorsque la société est bénéficiaire. En ce qui concerne les droits d'enregistrement, l'administration fiscale et une certaine jurisprudence ont estimé qu'une telle opération se traduisait par un partage partiel d'actif social rendant exigible le droit de partage de 1,10 %. Cette époque est révolue à la suite d'un arrêt de la Chambre Commerciale rendu le 23 septembre 2008, *Dray* ². Selon cet arrêt, le droit de partage n'est pas dû pour les deux raisons suivantes : d'une part, les règles relatives au partage d'actif social de l'art. 1844-9 C. civ. ne trouvent à s'appliquer qu'après liquidation de la société, laquelle ne se confond pas avec le retrait d'associé qui laisse survivre la personne moral après une simple réduction de capital et ne donne lieu qu'à l'évaluation des droits de l'associé ; d'autre part, la dette consécutive à la réduction du capital envers les associés est directe et ne transite pas, même un « instant de raison », par une indivision. L'arrêt en conclut à la seule application du droit fixe de 125 € ³. Sa solution s'applique dans l'hypothèse d'un remboursement en numéraire, mais elle vaut également en cas d'attribution de biens sociaux autres que du numéraire. Tirant les conséquences de cette jurisprudence, le législateur vient d'adopter un nouvel article 814 C CGI qui soumet l'opération au seul **droit fixe de 375 € ou 500 €** ⁴.

En ce qui concerne les impôts directs (*supra*, n° 280-1), les distributions effectuées à l'occasion d'une telle réduction ouvrent droit au régime de faveur applicable aux revenus régulièrement distribués ⁵.

1. Les pertes, qui ont ainsi disparu du bilan, pourront néanmoins être imputées sur les bénéfices des exercices suivants (CE 20 mars 1989, *Malet matériaux*, *Dr. fisc.* 1990, n° 11, comm. 533 ; *RJF* 5/89, n° 548 (en l'espèce, « opération-accordéon », *infra*, n° 572).

2. Com. 23 sept. 2008, *Dray* (réduction du nominal des actions), *RJF* 12/08, n° 1396 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 49, comm. 608. Déjà, Paris 22 déc. 2006, *Dray*, *RJF* 6/07, n° 754 (réduction du nominal des actions) ; 11 avr. 2008, *Georgia Pacific France*, *RJF* 11/08, n° 1257 (réduction par rachat et annulation d'actions) ; égal. Com. 23 septembre 2008, *Sté Moderne Acacias foncière*, *RJF* 1/09, n° 88 (réduction par rachat et annulation de titres).

3. Droit dû au titre des « actes innomés » (art. 680 CGI).

4. Lorsque la réduction s'accompagne d'un remboursement aux associés, l'opération est également enregistrée au droit fixe, sauf application de la théorie de la mutation conditionnelle des apports (*supra* n° 34-1 CGI).

5. V. *supra* n° 301.

§ 3. L'opération-accordéon ¹

572 Caractéristiques ◇ Cette technique créée par la pratique est devenue classique dans l'hypothèse où la société ayant subi des pertes importantes, un « repreneur » ou un investisseur accepte de la renflouer. Le « coup d'accordéon » débute le plus souvent par une réduction du capital, suivie d'une augmentation du capital ².

L'actif net étant tombé au-dessous du capital social, la valeur vénale de l'action est inférieure à sa valeur nominale. Il va donc être procédé à une **réduction du capital**, en diminuant le nominal des actions de façon à faire coïncider valeur vénale et valeur nominale. À la limite, lorsque les pertes excèdent le montant du capital il est même possible, sauf fraude, de le ramener un instant de raison à zéro ³, ce qui exclut les actionnaires anciens, qui jouiront cependant, en principe, d'un droit préférentiel de souscription ⁴ pour l'augmentation de capital.

1. Bibliographie thématique, *Rev. sociétés* 2004, p. 441. S. Sylvestre-Touvin, *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital*, PUAM 2003, préf. P. Le Cannu.

2. V. sur une requalification de l'opération-accordéon en une dation en paiement, *Com.* 3 oct. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 1113, n° 412, J. Ph. Dom. Sur la réalisation de l'opération dans le cadre d'un plan de continuation, Versailles, 20 mai 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 186, n° 35, S. Sylvestre.

3. P. Didier, *La réduction du capital social à zéro*, Mélanges AEDBF-France 1997, Éd. Banque, p. 171 ; M. Boizard, *Rev. sociétés* 1999, p. 735. Les sociétés sidérurgiques Usinor et Sacilor dont les pertes cumulées atteignaient environ 45 milliards de francs à la fin de 1985, somme bien supérieure au capital, ont procédé à une telle opération en nov. 1986, en adoptant cependant un schéma un peu inhabituel en France : augmentation de capital, réduction à zéro avec annulation des actions, deuxième augmentation de capital, puis deuxième réduction. Un certain nombre de « petits » actionnaires ont eu le sentiment d'être grugés par l'État, « gros » actionnaire des deux sociétés. Cf. T. com. Nanterre, 30 mai 1989, *Gaz. Pal.* 1989, II, somm. 430, P. de Fontbressin ; *Petites Affiches* 10 oct. 1990, J. Cl. May ; *Rev. dr. bancaire* 1990, 132, M. Jeantin et A. Viandier ; *JCP E* 1990, II, 15784, n° 9, A. Viandier et J.-J. Caussain (déclarant l'opération licite) confirmé par Versailles, 29 nov. 1990, *D.* 1991, p. 133, Y. Guyon ; *JCP E* 1991, II, 168, M. Jeantin ; *RJ com.* 1992, p. 149, J. Cl. May ; *RTD com.* 1991, p. 225, Y. Reinhard ; A. Viandier, *L'intérêt social cède-t-il devant la raison d'État ?* *Bull. Joly* 1991, p. 277, n° 685 et sur pourvoi, *Com.* 17 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 816, n° 219, J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1994, n° 142, H. Le Nabasque ; *Rev. sociétés* 1994, p. 485, S. Dana-Demaret ; *Gaz. Pal.*, 17 nov. 1994, Y. Chartier ; *RTD com.* 1996, p. 73, B. Petit et Y. Reinhard validant la réduction du capital à zéro aux motifs, d'une part, que la décision des associés de ne pas dissoudre la société légitimait cette opération et que, d'autre part, elle n'avait mis aucune obligation nouvelle à la charge des actionnaires. Cf. également Nancy, 1^{er} oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 318, n° 109, crit. A. Fauchon, *Quand l'accordéoniste joue faux*, *id.* p. 303, n° 109 et sur pourvoi, *Com.* 10 oct. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 181, n° 49, P. Scholer ; *JCP E* 2001, p. 85, A. Viandier.

Sur le sort du créancier bénéficiaire d'un nantissement sur actions en cas de coup d'accordéon, *Com.* 10 janv. 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 70, P. Le Cannu ; *D.* 1995, p. 203, A. Couret ; *RTD com.* 1996, p. 73, B. Petit et Y. Reinhard ; J. M. Desaché, *Bull. Joly* 1995, p. 377, n° 133 (lien entre les actions nouvelles et anciennes). Si le coup d'accordéon n'entraîne pas l'annulation des actions, le promettant qui s'est engagé à les acheter reste tenu, même si elles ont perdu toute valeur, *Com.* 7 déc. 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 72, Y. Chartier.

4. V. cependant *Com.* 18 juin 2002 (aff. *L'Amy*) *JCP E* 2002, 1556, A. Viandier ; *Bull. Joly* 2002, p. 1221, n° 259, S. Sylvestre ; *Dr. sociétés* 2003, n° 72, J. P. Legros ; *RTD com.* 2002, p. 496, J. P. Chazal et Y. Reinhard ; *BRDA* n° 13-2002, p. 13 ; D. Cohen, *La validité du coup d'accordéon*,

Puis la société **augmente son capital**, qui doit alors atteindre au moins le minimum légal. L'augmentation se réalise soit par apports en numéraire, l'opération étant le plus souvent réservée exclusivement au groupe extérieur qui accepte de procéder au renflouement, avec renonciation des actionnaires anciens à leur droit préférentiel de souscription ¹, soit par compensation de créances (*supra*, n° 562) ²³.

L'opération-accordéon est annulable si elle est constitutive d'un **abus de majorité**. Tel est le cas si elle n'a pas eu pour seul objectif de satisfaire à l'obligation légale de recapitaliser la société mais a aussi permis de ne pas honorer des engagements pris envers le cédant ⁴.

SECTION 2. LES INCIDENTS DE FONCTIONNEMENT

573 Manifestations ◇ Les événements qui peuvent perturber la vie d'une société, voire entraîner sa disparition, sont nombreux et variés. Ils peuvent être extérieurs à l'entreprise (augmentation brutale du prix des matières premières, récession...) comme ils peuvent lui être propres (mauvaise gestion d'un dirigeant trop âgé, grèves répétées...) et provoquent essentiellement des difficultés financières.

D. 2003, p. 410 ; rejetant le pourvoi contre Besançon, 2 déc. 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 362, B. Lebars ; A. Fauchon, *La validité de l'opération-accordéon encore renforcée*, *Bull. Joly* 1999, p. 943, n° 224. Rapp. Com. 1^{er} juill. 2008, JCP E 2009, 1145, Th. Léobon (actionnaire empêché de facto d'exercer son DPS).

1. Com. 4 mars 1986, *RJ com.* 1987, p. 169, F. Cherchouly-Sicard. Sur l'absence de préjudice personnel subi par l'actionnaire à la suite d'une opération-accordéon, Com. 15 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 689, n° 155, S. Sylvestre.

2. Com. 28 févr. 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 75, H. Hovasse ; T. com. Paris 20 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1434, n° 294, J. Cl. Hallouin ; D. 2006, p. 1819, A. Lienhard.

3. **Fiscalement**, le juge retient la neutralité d'une telle opération qui, réalisée effectivement et régulièrement, ne saurait constituer un abus de droit (sur cette notion, *supra* n° 52-1) : TA Paris, 20 oct. 1986, *RJF* 11/87, n° 1097 (abus de droit reconnu) ; TA Versailles, 4 juill. 1995, *SARL Lambert et Hunebeck*, *Dr. fisc.* 1996, n° 16, comm. 546 (abus de droit non reconnu) ; CE 15 oct. 1986, *RJF* 12/86, n° 1066 (acte anormal de gestion constitué). L'opération est notamment sans conséquence sur le résultat de la société, ainsi les déficits antérieurs demeurent reportables, CE 20 mars 1989, *Malet matériaux*, *supra* n° 571-1. Elle n'engendre pas non plus de recettes passibles de la TVA, CE 19 févr. 1990, *RJF* 4/1990, p. 248 ; TA Versailles, 4 juill. 1995, *op. cit.* Sur les difficultés rencontrées, au titre des plus ou moins-values, par la société mère qui cède la participation qu'elle détient dans sa filiale ayant réalisé l'opération-accordéon, CE 26 mars 2008, *SA Financière Fauvernier*, *RJF* 6/08, n° 637 ; *contra* CAA Paris 26 sept. 2007, *Sté Predica*, *RJF* 2/08, n° 115 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 6, comm. 166. Sur la possibilité de constater une moins-value dès l'annulation des titres, avant toute cession des titres souscrits à l'occasion de la recapitalisation, CE 17 oct. 2008, *Sté Cogefal*, *RJF* 1/09, n° 8 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 49, comm. 604. Sur les conséquences fiscales de la contribution aux pertes par un associé au-delà de ce qui lui incombe à une telle occasion, *supra* n° 40.

4. Com. 28 févr. 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 75, H. Hovasse ; T. com. Paris 20 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1434, n° 294, J. Cl. Hallouin ; D. 2006, p. 1819, A. Lienhard, infirmé par Paris 23 oct. 2008, *BRDA* n° 6 – 2009, p. 3.

Ici, seront seuls envisagés les incidents de fonctionnement internes, ayant le plus souvent à leur origine un conflit plus ou moins aigu entre actionnaires. Les exemples ne manquent pas, surtout dans les petites sociétés familiales : deux groupes devenus antagonistes bloquent toute décision qui permettrait de reconstituer le conseil d'administration ; dans une autre société, les dirigeants refusent pendant de très nombreuses années toute distribution de dividendes, se rémunérant grâce aux jetons de présence ou à des salaires substantiels que leur procurent leur contrat de travail ; ou encore un actionnaire disposant d'une minorité de blocage en assemblée générale extraordinaire interdit toute modification statutaire, pourtant indispensable à la survie de la société.

Le législateur, avec beaucoup de sagesse, n'a pas voulu poser des règles qui auraient été nécessairement trop rigides pour résoudre ces conflits ¹. Ce sont les juges qui sont intervenus pour tenter de mettre un terme à ces difficultés de fonctionnement. Ils l'ont fait en élaborant peu à peu deux constructions remarquables, l'administrateur provisoire d'une part (§ 1), l'abus de majorité et de minorité, d'autre part (§ 2).

Le contentieux des sociétés anonymes est en grande partie à l'origine de ces solutions jurisprudentielles ; elles valent cependant également pour les autres types de sociétés ².

§ 1. L'administrateur provisoire ³

574 Conditions de désignation ⁴ ◇ L'administrateur provisoire est un mandataire désigné judiciairement ⁵, en cas de crise grave empêchant le fonctionnement normal de la société, et qui est chargé d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales. Sa nomination doit permettre de garantir la pérennité de la société.

L'administrateur provisoire ne doit pas être confondu avec le **mandataire ad hoc** chargé de convoquer une assemblée d'actionnaires (art. L. 225-103, ou d'associés, art. L. 223-27), désigné pour accomplir une formalité de publicité omise ou irrégulièrement accomplie (art. L. 235-7 ; R. 210-18) ou nommé dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises (art. L. 611-3) ⁶.

1. Cf. J. Mestre, *Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés*, *RJ com.* 1985, p. 81.

2. V. par ex. pour une SARL, Com. 17 oct. 1989, *Rev. sociétés* 1990, 30, Y. Chartier ; Civ. 1^{re}, 25 oct. 1989, *Gaz. Pal.* 9 août 1990, somm. A. Damien (administrateur provisoire d'une société civile d'avocats) ; T. com. Paris (ord. réf.) 25 nov. 1993, *RJ com.* 1994, p. 161, X. Vincent (commandite par actions).

3. V. bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2004, p. 981. Adde J. Cavallini, *Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*, *Rev. sociétés* 1998, p. 247.

4. C. Ruellan, *Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire*, *Dr. sociétés* oct. 2000, p. 4.

5. Les articles 809 s. et 972 s. CPC sur les pouvoirs reconnus au juge des référés sont les fondements légaux de l'administration provisoire.

6. G. Bolard, *Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit*, *JCP E* 1995, I, 509.

La société peut être paralysée par l'absence ou la défaillance des organes de gestion : tous les administrateurs ont démissionné et il s'avère impossible de recomposer le conseil ; le conseil ne peut plus fonctionner régulièrement par suite de mésentente entre administrateurs ou encore les actionnaires minoritaires et majoritaires se heurtent systématiquement, à un point tel qu'ils compromettent les intérêts sociaux ¹.

Pour la Cour de cassation, « la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle, qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société, et menaçant celle-ci d'un péril imminent » ², Cette intervention d'un tiers dans la vie de la société n'est donc admise par la jurisprudence, au nom de l'intérêt social, qu'à des conditions strictes ³, l'appréciation des juges du fond étant souveraine ⁴ :

– Il faut que l'entrave soit telle qu'elle empêche le fonctionnement régulier de la société et compromette les intérêts sociaux ⁵. De simples divergences de vue seraient insuffisantes ⁶.

Est ainsi justifiée la désignation d'un administrateur provisoire dans le cas où la mésintelligence des trois administrateurs en fonction ayant pris le caractère d'une hostilité agressive entrave le fonctionnement normal du conseil d'administration et provoque au sein de la société une crise grave risquant d'aboutir à sa dissolution ⁷.

En revanche, ne sont pas suffisants de graves dissensions entre le président de la société et les administrateurs, même si des plaintes en faux et en abus de confiance ont été déposées, alors qu'il n'est pas prouvé que la mésentente grave entre les actionnaires faisait obstacle au fonctionnement normal de la société et la mettait en péril ⁸.

1. Paris, 13 juill. 1990, *JCP E* 1990, I, 20408 ; Paris, 4 oct. 1994, *RTD com.* 1996, p. 289, Cl. Champaud et D. Danet.

2. Com. 6 févr. 2007, *RTD com.* 2007, p. 373, Cl. Champaud et D. Danet ; *Bull. Joly* 2007, p. 690, n° 187, P. Scholer (insuffisance de dissensions même graves entre associés).

3. Com. 20 oct. 1998 ; Paris, 14 mai 1999, *RTD com.* 1999, p. 680, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris, 3 avr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1186, n° 362, Th. Granier. Les juges sont parfois amenés à refuser la désignation d'un administrateur provisoire mais à admettre la nomination d'un expert de gestion, cf. par ex. Aix, 10 mai 1988 (*Le Provençal*), *Gaz. Pal.* 1989, I, p. 3, P. de Fontbressin. V. cependant T. com. Saint-Lô 8 sept. 1989, *RTD com.* 1989, p. 683, n° 7, Y. Reinhard.

4. Com. 25 mars 1974, *JCP* 1974, II, 17853, Y. Chartier.

5. Com. 26 nov. 1996, *RJDA* 1997, p. 133, n° 210 ; Com. 2 déc. 2008, *JCP E* 2009, 1089 ; Amiens 11 févr. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 440, n° 88, A. Constantin (litige sur la propriété d'actions) ; Paris 6 nov. 2002 (aff. *César*), *RTD com.* 2003, p. 320, Cl. Champaud et D. Danet.

6. Paris 2 juin 2006, *Rev. sociétés* 2006, 663, I. Urbain-Parléani (simple mésentente conjugale).
7. Com. 26 avr. 1982, *Rev. sociétés* 1984, 93, J.-L. Sibon ; Com. 17 janv. 1989, *Rev. sociétés* 1989, 209, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1989, p. 321, n° 107, J.-J. Daigre (annulation prévisible à brève échéance de la désignation des dirigeants sociaux) ; Versailles, 22 sept. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 932, n° 305 (procès-verbal falsifié, absence de convocation d'un associé d'une SARL). V. en cas d'existence simultanée aux yeux des tiers de deux conseils d'administration et de deux présidents directeurs généraux, Com. 5 nov. 1971, *Bull. civ. IV*, n° 261, p. 243.

8. Com. 3 juill. 1984, *Rev. sociétés* 1985, 628, P. Didier ; Paris, 5 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 936, n° 307 (société civile de médecins) ; Paris, 22 nov. 1996, *Dr. sociétés* 1997, n° 47, D. Vidal ; Paris, 5 sept. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 18, n° 3, J.-J. Daigre ; *JCP E* 1997, I, 710, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 4 déc. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 416, n° 84, P. Le Cannu (difficultés économiques mais fonctionnement normal de la société). Cf. cependant Com. 17 oct. 1989, *Bull. civ. IV*,

- Les *intérêts sociaux* doivent être exposés à un *péril certain et imminent* ¹.

Ainsi peut être désigné un administrateur provisoire lorsqu'il s'agit de prévenir la naissance ou d'empêcher l'extension d'un trouble déjà né. Tel est le cas lorsque le dissentiment est tel qu'il a déjà commencé à mettre en péril les intérêts sociaux et créé un trouble susceptible de mener rapidement la société à sa perte ².

- Il faut enfin qu'un *redressement de la situation* puisse être escompté, sinon il conviendrait de prononcer la dissolution judiciaire ³.

Il résulte de l'analyse d'une jurisprudence abondante que les juges évitent de s'immiscer dans la gestion des sociétés ⁴. Les craintes qui avaient pu naître à la suite du célèbre arrêt *Fruehauf* ⁵ se sont rapidement dissipées, cette affaire par sa dimension politique internationale hors du commun étant restée isolée.

En cas de redressement judiciaire de la société, le tribunal de commerce peut charger l'administrateur judiciaire qu'il désigne d'assurer seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise (art. L. 631-12) ⁶.

575 Procédure ◇ La désignation d'un administrateur provisoire peut être demandée soit par les dirigeants de la société, soit par un ou plusieurs actionnaires ⁷. La Cour de cassation exige que le demandeur ait un lien de droit avec la société ⁸ ; et elle refuse aux créanciers la possibilité d'obtenir cette mesure exceptionnelle qu'est la nomination d'un administrateur provisoire, estimant qu'il ne leur appartient pas « *de se faire juge des intérêts de la société et de ses associés et d'agir en leur nom pour les préserver* » ⁹.

p. 168, n° 250 (nomination accordée alors qu'il n'y avait qu'une simple suspicion sur la conduite des affaires sociales).

1. Com. 11 févr. 1980, D. 1980, IR, 395 ; Com. 24 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 789, n° 211 ; *Dr. sociétés* 1995, n° 3, Th. Bonneau ; *Adde* dans l'affaire *Schneider*, T. com. Paris (ord. réf.) 9 mai 1969, JCP 1969, II, 16063, Y. Guyon ; Paris (réf.) 12 oct. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 965, n° 334, D.L. ; *Rev. sociétés* 1990, 78, Y.G. ; *RTD civ.* 1990, p. 274, n° 7, J. Mestre (crise aiguë entre deux groupes d'actionnaires ; importance de l'image de la société) ; Versailles, 1^{er} oct. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 61, n° 11, P. Scholer ; D. 1999, p. 294, D. Gibirila (procédure d'alerte déclenchée).

2. Rouen, 19 mars 1974, *Rev. sociétés* 1974, 718, J.-J. Burst ; rapp. T. com. Toulouse, 24 mai 1972, D. 1973, p. 196, 2^e esp., D. Schmidt.

3. Com. 16 févr. 1970, *Bull. civ.* IV, n° 59, p. 56.

4. Ph. Merle et E. Chevallier-Merle, n° 283 à 299.

5. Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274 bis, concl. Nepveu ; D. 1968, p. 147, R. Contin. R. Contin, *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968, chron. 45.

6. Cf. T. com. Paris, 26 juill. 1984 (affaire *Creusot-Loire*), *Gaz. Pal.* 1984, II, 552 ; et pour une application d'office, T. com. Paris, 29 avr. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, II, 439, J.-P. Marchi.

7. V. même en faveur de la désignation d'un administrateur de groupe de sociétés, Com. 5 févr. 1985, JCP 1985, II, 20492, A. Viandier.

8. Com. 16 févr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 270, n° 68, PLC. La société mère ne peut pas demander la nomination d'un administrateur provisoire dans une sous-filiale avec laquelle elle n'a pas de lien de droit, Paris 1^{er} juin 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 96, L. Godon.

9. Com. 14 févr. 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 633, D. Randoux ; JCP E 1989, II, 15517, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Amiens, 14 mars 1977, JCP 1978, II, 18955, Y. Chartier ; Paris,

L'action doit être intentée devant le tribunal de commerce. En fait, il s'agit le plus souvent, vu l'urgence, d'une action en référé introduite devant le président du tribunal de commerce (art. 872 C. pr. civ.)¹ et la société doit être mise en cause². La décision qui nomme l'administrateur fixe sa rémunération³, qui est, en principe, à la charge de la société⁴.

La nomination doit faire l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés pour que l'administrateur puisse engager valablement la société.

576 Mission de l'administrateur provisoire⁵ ◇ Il appartient à la décision qui nomme l'administrateur provisoire de délimiter l'étendue de ses pouvoirs⁶. En principe, sa nomination dessaisit les dirigeants en fonction⁷ et l'administrateur désigné par l'autorité judiciaire est, selon la Cour de cassation, investi de tous les pouvoirs conférés par la loi à un dirigeant social⁸. Mais il pourrait également n'être doté que de pouvoirs limités⁹.

On ne doit cependant pas oublier qu'il est avant tout chargé de dénouer une crise¹⁰, et n'est qu'un dirigeant « provisoire ». C'est pourquoi il doit être particulièrement prudent s'il a à effectuer des actes de disposition engageant de façon irrémédiable la société¹¹, d'autant que, souvent, il connaît encore mal l'entreprise à la tête de laquelle il a été nommé. Dans le

29 nov. 1996, *Rev. sociétés* 1997, p. 393, Y. Guyon ; Comp. Paris, 28 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1119, n° 329, P. Le Cannu ; D. Vidal, *Rev. huissiers* 1995, p. 1281.

1. Cf. Ph. Grandjean, *L'évolution du référé commercial*, *RJ com.* 1993, p. 177 ; sur les limites du référé, T. com. Paris (ord. réf.) 18 févr. 1993, *JCP E* 1993, I, 250, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. Civ. 2^e, 25 mars 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 302 ; *Dr. sociétés* 1992, n° 246, Th. Bonneau. Sur la recevabilité du recours intenté par la société, représentée par son dirigeant, contre la décision ayant nommé un administrateur provisoire à la demande des minoritaires, Com. 7 janv. 2004, *RJDA* 2004, p. 507, n° 559.

3. Com. 6 déc. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 333, p. 225.

4. V. cependant Com. 12 janv. 1970, *Bull. civ. IV*, n° 11, p. 10.

5. Y. Guyon, *La mission des administrateurs provisoires de sociétés*, in *Mélanges D. Bastian*, t. 1, p. 103 ; B. Lyonnet, *L'administrateur judiciaire*, *RJ com.* 1991, p. 241.

6. Par ex. « gérer et administrer la société avec les pouvoirs les plus étendus selon les lois et usages du commerce » ou « pouvoirs les plus étendus attribués au président du conseil (et au conseil d'administration) ». Sur la procédure de prorogation de la mission d'un administrateur provisoire, Com. 10 déc. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 334, n° 134, P. Scholer (dirigeant incarcéré).

7. Com. 28 juin 1982 (aff. *Schlumpff*), *Bull. Joly* 1982, p. 787, n° 339 ; 3^e Civ. 25 oct. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 274, n° 56, F. X. Lucas ; D. 2006, p. 2792, A. Lienhard ; Com. 7 nov. 2006, *BRDA* n° 2 – 2007, p. 3. Comp. Com. 2 févr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 280, n° 76, P. Le Cannu ; Com. 14 févr. 1989, préc. ; Com. 15 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 148, p. 99.

8. Com. 6 mai 1986, *Rev. sociétés* 1987, p. 286, Y. Guyon ; Paris, 3 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 299, n° 79, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 1994, n° 58, H. Le Nabasque (convocation d'une assemblée de SARL en application de l'article L. 223-42 C. com.).

9. Paris, 14 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1228, n° 333 ; *RJDA* 1994, p. 808, n° 1025.

10. Cf. pour un administrateur provisoire désigné dans une société civile, Cass. 3^e Civ. 3 mai 2007, *Rev. Sociétés* 2007, p. 767, B. Dondero, qui vise la « nature conservatoire » de sa mission, V. pour une mission de conciliation Paris (réf.) 12 oct. 1989, préc. ; rapp. Civ. 1^{re}, 25 oct. 1989, *Rev. sociétés* 1990, 78, Y.G. (gestion comptable des dossiers d'une SCP d'avocats).

11. Versailles, 30 oct. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 87, n° 14, A. Couret.

doute, l'administrateur a tout intérêt à se faire spécialement autoriser par l'autorité judiciaire qui l'a désigné.

Lorsqu'une clause d'agrément figure dans les statuts, il n'appartient pas à l'administrateur provisoire de se substituer au conseil d'administration pour exercer le droit d'agréer de nouveaux actionnaires ¹.

Et lorsqu'il s'agit de procéder au dépôt de bilan de la société, sa responsabilité pourrait être engagée s'il ne s'assurait pas d'un minimum de précautions (audition des anciens dirigeants, consultation des associés, absence de précipitation...) ².

L'administrateur provisoire encourt les mêmes responsabilités qu'un dirigeant social, à l'égard de la société, des actionnaires ou des tiers ³.

577 Contrôleur, observateur de gestion ◇ Lorsque les conditions de nomination d'un administrateur provisoire ne sont pas réunies, la jurisprudence admet également que soit désigné un *contrôleur de gestion* ou un *observateur de gestion* doté de pouvoirs beaucoup moins étendus. Cette construction prétorienne a son origine dans un arrêt de la Chambre commerciale du 10 janvier 1972 ⁴ qui a accepté que soit nommé un contrôleur de gestion à la demande d'une personne qui, ayant cédé un important paquet d'actions, souhaitait que soit respecté l'engagement pris par le cessionnaire d'assurer la pérennité de la société. Dans la même ligne, a été admise la désignation d'un *observateur de gestion* ayant pour mission de faire connaître à des banques bénéficiaires d'un nantissement d'actions d'une société, dont elles n'étaient ni actionnaires, ni créancières, tous actes qui seraient susceptibles de compromettre la valeur des titres, de se faire communiquer tous documents et d'assister à toutes les réunions des organes sociaux ⁵.

1. Com. 27 oct. 1969, *Bull. civ.* IV, n° 314, p. 295.

2. Com. 3 mai 1988, *Rev. proc. collect.* 1989, p. 77, n° 1, Y. Chaput ; Poitiers, 18 sept. 1985, *Bull. Joly* 1986, p. 377, n° 103 ; comp. Paris, 17 févr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, I, somm. 194. Pour une banque, Com. 11 avr. 1995, D. 1995, IR, 113 rejetant le pourvoi contre Paris, 8 juill. 1992, D. 1992, p. 476, M. Vasseur (cf. art. 44 nouv. L. 24 janv. 1984).

3. Com. 8 déc. 1992, *JCP E* 1993, panor. 531 (défaut de souscription d'une assurance) ; Com. 6 mai 1986, préc. ; Com. 16 déc. 1975, D. 1976, IR, 90 ; Com. 26 janv. 1981, *Rev. sociétés* 1981, 606 J.-L. Sibon ; Paris, 12 sept. 1989, *RTD com.*, 1990, p. 112, J. Ph. Haehl ; *RTD civ.* 1990, p. 275, n° 9, J. Mestre (visa de l'administrateur imprudemment apposé sur des bons de commande).

4. *JCP* 1972, II, 17134, Y. Guyon ; *RTD com.* 1972, p. 644, n° 6, R. Houin. V. égal. Paris, 19 oct. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 79, n° 15 (nomination d'un contrôleur de gestion dans une société dont la majorité des titres sont sous séquestre) ; Com. 7 juin 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 581, n° 188 ; *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 172, M. Jeantin et A. Viandier (nomination d'un administrateur judiciaire avec les seuls pouvoirs d'un contrôleur de gestion à la demande d'un cédant d'actions, créancier des nouveaux actionnaires) ; Com. 19 déc. 1989, *Dr. sociétés* 1990, n° 157, E.L. ; Paris, 27 oct. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 336, n° 65, B. Saintourens (SARL) ; Paris 16 oct. 2002, *Rev. sociétés* 2003, p. 166, Y. Guyon.

5. Lyon, 30 mars 1978, *Rev. sociétés* 1979, 320, Ph. Merle ; D. 1978, IR, 417, M. Vasseur ; comp. Paris, 28 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1119, n° 329, P. Le Cannu. *Adde*, Paris, 27 févr. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 109, J. Cl. Bousquet ; Aix, 15 janv. 1982, *Bull. Joly* 1984, p. 65, n° 16 ; Paris, 24 janv. 1986 (aff. *Le Progrès*), *Bull. Joly* 1986, p. 389, n° 114 ; Paris, 24 sept. 1986, *JCP E* 1987, 16122, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain. Cf. également A. Viandier, *L'affaire du Progrès de Lyon*, et

Ces désignations permettent au juge d'intervenir avec beaucoup de souplesse dans la vie des sociétés, en évitant la rigidité brutale de l'administration judiciaire.

§ 2. Abus de majorité, abus de minorité

578 Majorité et minorité ¹ ◇ Le professeur Dominique Schmidt dans sa thèse de doctorat ² a bien montré que la reconnaissance au profit de la minorité d'un pouvoir d'intervention tenait à la nécessité d'un contrôle et à l'ampleur des intérêts à garantir, mais que ces pouvoirs devaient trouver leur limite dans le principe du gouvernement par la majorité. Dans cette optique idéale, la minorité doit participer à la formation de la volonté sociale, et en tant qu'organe social subsidiaire contrôler la volonté majoritaire.

Afin de *prévenir les abus* des majoritaires et donc de limiter les conflits entre actionnaires, le législateur a organisé l'intervention, qui se révèle efficace, de tiers extérieurs à la société : les commissaires aux comptes, véritables commissaires de sociétés, le ministère public et l'AMF pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne (v. *supra*, n^{os} 498 s.).

Il a également mis en place tout un arsenal de mesures permettant aux minoritaires de recueillir des informations substantielles sur la marche des affaires sociales, spécialement avant la tenue des assemblées générales (*supra*, n^{os} 472 s.). À partir de 1966, il a aussi développé la possibilité d'obtenir des informations complémentaires en permettant notamment aux actionnaires de poser des questions écrites (art. L. 225-108, L. 225-232 ; *supra*, n^o 476) ; de demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour de l'assemblée (art. L. 225-105, *supra*, n^o 463) ou la désignation d'un expert de gestion (art. L. 225-231, *supra*, n^o 523) qui sera souvent le prélude à une action en responsabilité contre les dirigeants.

Cependant, ces mesures légales de prévention se révèlent souvent insuffisantes, étant soumises à des conditions strictes de délai ou de détention d'un pourcentage minimum de capital ³. C'est pourquoi les actionnaires hésitent de moins en moins, surtout dans les sociétés familiales, où les conflits deviennent vite aigus, et dans les groupes de sociétés (*infra*, n^o 669),

le droit des sociétés, JCP E 1986, 15739.V. sur la nomination d'un enquêteur chargé d'une mission d'audit devant déboucher sur une médiation dans l'intérêt supérieur du groupe, afin de résoudre la crise sociale, T. com. Paris (réf.) 14 févr. 1990 (aff. *Petrossian*) JCP E 1990, II, 15826, A. Viandier ; RTD com. 1990, p. 585, n^o 6, Cl. Champaud, confirmée par Paris, 7 mars 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 256, J.-J. Daigre. Rapp. Paris, 7 juin 1990, RTD com. 1990, p. 593, n^o 4, Y. Reinhard ; JCP E 1990, II, 15826, A. Viandier ; Bull. Joly 1990, p. 760, n^o 222, P. Le Cannu (mesure d'assistance et de contrôle, aff. *Courrèges*).

1. Cf. A. L. Champetier de Ribes-Justeau, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité, Etude comparative des droits français et nord-américain des sociétés*, Thèse Paris I, 2006 ; E. Cordelier, *L'abus en droit des sociétés*, Thèse dactyl. Toulouse 1, 2002.

2. *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, préf. J.-M. Bischoff, S. 1969.

3. Cf. Y. Guyon, n^{os} 446 s.

à saisir les tribunaux en invoquant soit un abus de majorité, soit un abus de minorité, chacun des demandeurs agissant bien entendu au nom de l'intérêt social, alors que l'*affectio societatis* d'origine s'est sérieusement affaiblie.

579 Absence de disposition légale ◇ On sait que la loi a fait de la nullité une sanction exceptionnelle des irrégularités commises tant lors de la constitution de la société qu'à l'occasion de son fonctionnement (*supra*, n^{os} 67 s. ; 485 s. ; 495). Selon l'article L. 235-1, la nullité d'une décision modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse de la loi ou de celles qui régissent la nullité des contrats (al. 1^{er}) ; la nullité d'une délibération d'assemblée ordinaire (de conseil d'administration, de directoire ou de conseil de surveillance) ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du Code de commerce ou de celles qui régissent les contrats (al. 2).

Le texte n'a pas prévu que l'abus de majorité ou de minorité soit une cause de nullité. Cependant, doctrine et jurisprudence admettent que l'abus de droit, tout comme la fraude, entraînent, comme avant la réforme, l'annulation des délibérations vicieuses prises en assemblée générale ordinaire et même en assemblée extraordinaire ¹. En cas de conflits, les minoritaires vont donc avoir tendance à invoquer un **abus de majorité** dès lors qu'une décision prise à l'initiative des dirigeants leur déplaît ; tandis que les majoritaires se plaindront d'un **abus de minorité** dès lors qu'ils ne réussissent pas à faire adopter une modification statutaire par l'assemblée générale extraordinaire ². Pour éviter une trop facile remise en cause du pouvoir des assemblées délibérantes régies par le principe majoritaire ³, et une déstabilisation de la société, les arrêts n'admettent que dans des conditions strictes l'abus de majorité et l'abus de minorité ⁴.

1. Cf. par ex. J. Hémard, F. Terré, P. Mabilat, t. II, n^o 384, t. III, n^{os} 646 s.V. pour le cas d'une transformation abusive d'une société anonyme en société en commandite simple, T. com. Paris, 29 juin 1981 (aff. *Agache Willot*), *Rev. sociétés* 1982, 791, M. Guilberteau (*infra*, n^o 585).

2. Il peut y avoir également **abus d'égalité**. V. par ex. Com. 8 juill. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 980, n^o 352, E. Lepoutre ; V. dans la même affaire, Com. 16 juin 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1083, n^o 331, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1999, p. 103, K. Medjaoui ; Com. 20 oct. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 66, n^o 13, P. Le Cannu ; Lyon, 25 juin 1987, *RTD com.* 1988, p. 70, n^o 1, Y. Reinhard (avec pour effet la dissolution de la société pour mésentente des associés). Comp. Com. 31 mars 2009, *D.* 2009, p. 1242, R. Salomon (rémunération d'un gérant de SARL).

3. Versailles, 7 juill. 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 799, Y. Guyon.

4. D. Tricot, *Abus de droits dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité*, *RTD com.* 1994, p. 617. Cf. égal. Y. Reinhard, *L'abus de droit dans le contrat de société*, *Cahiers Dr. entreprise* n^o 6-1999, p. 8 ; A. Couret, *L'abus et le droit des sociétés*, *Dr. et patr.*, juin 2000, p. 66.

580 Abus de majorité ¹ ◇ L'abus de majorité étant comparable à l'abus de droit, sans pouvoir lui être assimilé ², il n'est pas douteux qu'est abusive toute décision prise dans l'intention de nuire à la minorité. Mais au-delà de cette hypothèse qui demeure exceptionnelle, la jurisprudence a précisé peu à peu à quelles conditions pouvait être reconnue l'existence d'un abus de majorité. Suivant une définition devenue classique, « la résolution d'une assemblée d'actionnaires prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser des membres de la majorité au détriment de membres de la minorité constitue un abus de majorité et engage la responsabilité de ses auteurs » ³. L'élément essentiel de l'abus de majorité est la rupture intentionnelle d'égalité entre les actionnaires ⁴. L'abus de majorité ne peut servir à constituer la sanction d'une politique de gestion malheureuse ⁵ ou d'une décision qui simplement déplaît aux minoritaires ⁶.

La jurisprudence s'est d'abord développée à propos de l'affectation des bénéfices, mais l'abus de majorité est rarement retenu ⁷, car les juges considèrent que la mise en réserve a toujours un intérêt au moins virtuel pour la société (*supra*, n° 549) ⁸.

1. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, 2^e éd., 2004 ; C. Ruellan, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, Thèse Paris II, 1997 ; M. Germain, *Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées*, in *Mélanges P. Didier*, *Economica* 2008, p. 189.

2. Cf. D. Schmidt, *op. cit.*, n° 187, p. 139. Rapp. E. Gaillard, *préc.*, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, *Economica*, 1985, n° 79 s. Cf. égal. note M. Jeantin et A. Viandier, sous Com. 12 mai 1987, *Rev. dr. bancaire* 1987, p. 128.

3. Com. 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 241, n° 42, P. Le Cannu ; v. déjà Com. 18 avr. 1961 *préc.*, *JCP* 1961, II, 12164, D. Bastian.

4. Comp. B. Saintourens, *Bull. Joly* 1994, p. 299, n° 79, sous Paris, 3 déc. 1993.

5. D. Schmidt, *op. cit.*, p. 142 ; J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, t. II, n° 387 ; *contra* J. Paillusseau, *op. cit.*, p. 196 s.

6. Com. 26 avr. 1994, *RJDA* 1994, p. 746, n° 940 ; Com. 4 oct. 1994, *Dr. sociétés* 1994, n° 207, H. Le Nabasque ; cf. le refus de la Cour de cassation de reconnaître un abus de majorité dans l'agrément donné à un concurrent qui reprend une affaire en difficulté, Com. 21 janv. 1970 (aff. *Saupiquet-Cassegrain*), *JCP* 1970, II, 16541, B. Oppetit ; et dans la même affaire Com. 21 juin 1982, *RJ com.* 1983, 49, P. de Fontbressin ; Dijon (sol.) 30 juin 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 196, Y. Guyon ; comp. Lyon, 6 avr. 1995, *D.* 1996, p. 216, crit. Y. Reinhard ; v. également *infra*, n° 654 ; Com. 4 mars 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 754, n° 218, PLC ; Versailles 13 juin 2002, *JCP E* 2002, n° 1788 et 2003, n° 627, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker (opération-accordéon avec réduction du capital à zéro) ; sur l'absence d'abus dans la fixation d'une prime d'émission, Com. 22 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1003, n° 230, H. Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 2001, n° 180, F. X. Lucas ; *JCP E* 2001, p. 1911, A. Viandier et J. J. Caussain. *Adde* D. Cohen, *La prime d'émission entre liberté et contrôle*, *JCP E* 2002, 35.

7. E. Lepoutre, *Autofinancement des entreprises et abus de majorité*, *Bull. Joly* 1996, p. 189, n° 61. Par ex. Com. 22 janv. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 389, n° 123, M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1991, p. 345 ; *JCP E* 1991, I. 61, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 26 avr. 1994, *BRDA* 12-1994, p. 3 (mesures prises pour éviter un dépôt de bilan) ; Limoges, 26 juin 1995, *Dr. sociétés* 1995, n° 253, D. Vidal ; Reims, 10 sept. 2007, *BRDA* n° 13-2008, p. 2.

8. Par ex. Com. 3 juin 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 1049, n° 222, L. Godon (investissements très importants) ; Versailles, 1^{er} févr. 2001, *RJDA* 2001, p. 611, n° 693 ; *RTD com.* 2001, p. 709, Cl. Champaud et D. Danet. V. *cependant* Com. 6 juin 1990, *D.* 1992, p. 56, J.-Y. Choley-Combe ; *Bull. Joly* 1990, p. 782, n° 233, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1990, p. 606, Y. Chartier ; *RTD com.* 1990, p. 592, n° 3, Y. Reinhard ; *JCP E* 1990, II, 15838, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain

En revanche, l'abus a été retenu en cas de fixation de rémunérations exagérées pour les dirigeants sociaux ¹, d'organisation de la direction dans l'unique dessein de favoriser un clan familial ², ou de prise en charge par une société de la totalité du passif de sa filiale dès lors que cette décision a été adoptée au mépris des intérêts de la société et uniquement pour couvrir la gestion d'un actionnaire, gérant de la filiale, appartenant au groupe majoritaire ³. Il en a été de même en cas de transformation d'une SA en une commandite par actions ⁴ ou en cas d'opération-accordéon entreprise par une société afin de ne pas honorer des engagements pris envers le cédant ⁵. Le « vote de rétorsion » peut être également constitutif d'un abus de majorité ⁶.

Les *sanctions de l'abus de majorité* consistent en l'annulation de la résolution abusive et la condamnation des majoritaires auteurs de l'abus à des dommages-intérêts ⁷. Exceptionnellement, la dissolution de la société pourrait être prononcée pour mésintelligence entre associés ⁸.

L'*action en nullité* est généralement intentée par les minoritaires ⁹, mais elle peut l'être par la société elle-même, victime de l'atteinte portée à l'intérêt social ¹⁰.

(thésaurisation des bénéfices depuis la création de la société ne répondant ni à l'objet, ni aux intérêts de la société) ; Com. 17 juin 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 826, J. F. Barbière.

1. Com. 1^{er} juill. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1137, n° 236, A. Constantin ; *Rev. sociétés* 2004, p. 337, B. Lecourt (prime très importante au dirigeant, bénéfices exclusivement affectés aux réserves pendant sept ans). Grenoble, 6 mai 1964, *D.* 1964, p. 783, A. Dalsace ; T. com. Paris, 21 mai 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 215, D. Vidal ; v. **cependant** Com. 30 mai 1980 préc. ; Com. 17 mars 2009, *JCP E* 2009, 1489.

2. Paris, 27 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 573, n° 227, J.-P. Garçon ; *JCP E* 1997, II, 982, A. Viandier (gérance d'une SCI) V. sur un abus de majorité pour une révocation d'administrateur, Paris 2 juill. 2002 (aff. Azzaro) *Bull. Joly* 2002, p. 1204, n° 257, P. Le Cannu.

3. Com. 29 mai 1972, *JCP* 1973, II, 17337, Y. Guyon. Sur la prise en compte de l'intérêt du groupe pour apprécier si une opération de filialisation constitue un abus de majorité, Paris 19 sept. 2001, *RJDA* 2002, p. 30, n° 45. V. égal. T. com. Paris, 5 sept. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 43 (absorption d'une filiale déficitaire ; TGI Chartres 15 janv. 1991, *Gaz. Pal.* 1991, I, p. 211, J.-P. Marchi (abus de majorité à l'occasion d'une augmentation de capital)).

4. Com. 30 nov. 2004 (*Champagnes Giesler*), *Bull. Joly* 2005, p. 241, n° 42, P. Le Cannu ; *JCP E* 2005, 131, n° 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (société prospère vidée de ses actifs au profit d'une commandite par actions contrôlée par les majoritaires) et sur renvoi, Versailles 20 juin 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1424, n° 292, P. Le Cannu (pas d'abus de majorité en l'absence de préjudice pour le minoritaire) cf. égal. P. Le Cannu, *La sous-filialisation abusive*, *Bull. Joly* 1995, p. 321, n° 101.

5. Com. 28 févr. 2006, préc., *Dr. sociétés* 2006, n° 75, H. Hovasse.

6. Com. 24 avr. 1990, (aff. *Cointreau*) *Rev. sociétés* 1991, p. 347, P. Didier ; *JCP E* 1991, II, 122, M. Jeantin, cassant Paris (sol.) 22 juin 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 771, n° 245, P. Le Cannu. Cf. P. Le Cannu, *La protection des administrateurs minoritaires*, *Bull. Joly* 1990, p. 511, n° 134. Rapp. T. com. Bruxelles, 13 déc. 1984, *Rev. sociétés* 1985, p. 115, Y. Guyon.

7. Com. 6 juin 1990, préc.

8. Com. 18 mai 1982, *Rev. sociétés* 1982, 804, P. Le Cannu ; Montpellier 18 juin 2002, *RJDA* 2004, p. 893, n° 981 (abus d'égalité).

9. L'action est recevable même si le demandeur a voté la résolution litigieuse, Versailles, 20 mai 1999, *RJDA* 2000, p. 138, n° 166.

10. Com. 21 janv. 1997, *JCP E* 1997, II, 965, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1997, p. 527, B. Saintourens ; *D.* 1998, p. 64, I. Krimmer ; *Bull. Joly* 1997, p. 312, n° 124, P. Le Cannu.

581 **Abus de minorité** ¹ ◇ L'abus de minorité peut se traduire par une décision sociale obtenue par surprise ou par une attitude abusive (« abus positif ») ². Mais l'abus le plus fréquent consiste à bloquer toute modification du pacte social en refusant par exemple de voter une décision d'augmentation du capital ou de prorogation de la société (« abus négatif ») ³. Depuis quelques années, il est de plus en plus fréquemment invoqué.

Les dirigeants sociaux doivent prouver que l'attitude du minoritaire est contraire à l'intérêt général de la société, en ce qu'elle interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et que cette attitude est adoptée dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés ⁴.

Un certain trouble a été jeté par des arrêts récents qui semblent ne plus faire référence à l'intérêt social : pour qu'il y ait abus de minorité, il suffirait d'établir en quoi l'opposition est dictée par l'unique dessein de favoriser les propres intérêts du minoritaire au détriment de l'ensemble des autres associés ⁵. Cependant, on peut penser que ces décisions ne reviennent pas sur la jurisprudence traditionnelle : à partir des pourvois qui ont été formés, elles constatent simplement que la preuve n'est pas rapportée que le minoritaire avait eu en vue de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés.

Lorsque la survie de la société est en jeu et qu'une augmentation de capital s'impose, les deux critères sont utilisés par les juges qui analysent au cas par cas chaque situation ⁶.

1. Ph. Merle, *L'abus de minorité*, *Rev. Jurisp. com.*, nov. 1991, p. 81 ; M. Boizard, *Rev. sociétés* 1988, p. 365 ; M. Cabrillac, *De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité*, in *Mélanges Colomer*, 1992, p. 109 ; A. Constantin, *La tyrannie des faibles ; de l'abus de minorité en droit des sociétés*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 213 ; J. F. Barbiéri, *Retour sur les sanctions de l'abus de minorité*, in *Mélanges D. Schmidt*, *Joly* 2005, p. 51.

2. A. Couret, *Le harcèlement des majoritaires*, *Bull. Joly* 1996, p. 112, n° 36. Cf. par ex. à propos de la demande de nomination d'un expert de l'article L. 226, par un actionnaire ne représentant pas le dixième du capital, *Com. 12 janv. 1976*, *Rev. sociétés* 1976, 330, Ph. Merle ; *Lyon*, 27 nov. 1992, *RTD com.* 1993, p. 112, Y. Reinhard. Rapp. Rennes, 11 juin 1986, *Rev. sociétés* 1987, 96, Y. Guyon, condamnant un minoritaire pour une attitude de harcèlement des dirigeants ; *Paris*, 17 sept. 1993, *JCP E* 1994, I, n° 392, 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Paris*, 12 sept. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 20, D. Vidal (tentative de déstabilisation) ; *Paris*, 16 avr. 1999, *JCP E* 2000, p. 30, A. Viandier et J.-J. Caussain (acharnement procédural, 210 000 F de dommages-intérêts) ; *Paris*, 2 juill. 1999, *RJDA* 1999, p. 869, n° 1082 ; T. com. *Paris* 11 mai 2004, *JCP E* 2004, 1154, A. Viandier (abus de questions écrites).

3. Saint-Denis Réunion, 19 sept. 2008, *Dr. sociétés*, janv. 2009, p. 12, M. L. Coquelet (opposition à un transfert de siège social). Pour une typologie des abus de minorité, P. Le Cannu, *L'abus de minorité*, *Bull. Joly* 1986, p. 429.

4. *Com. 15 juill. 1992*, (aff. Six) *Rev. sociétés* 1993, p. 400, Ph. Merle ; *JCP* 1992, II, 21944, J.-F. Barbiéri ; *JCP E* 1992, II, 375, Y. Guyon ; *D. 1993*, p. 279, H. Le Diascorn ; *Bull. Joly* 1992, p. 1083, n° 353, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1993, p. 112, Y. Reinhard.

5. *Com. 31 janv. 2006*, *Bull. Joly* 2006, p. 784, n° 163, P. Scholer ; dans le même sens, *Com. 20 mars 2007*, *D. 2007*, p. 952, A. Lienhard et 2008, p. 384, J. Cl. Hallouin et E. Lamazerolles ; *Bull. Joly* 2007, p. 745, n° 199, D. Schmidt ; *JCP E* 2007, 1755, A. Viandier et 1877, n° 3, J.-J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker et 2008, 1721, M. C. Monsallier-Saint Mleux ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 806, A.L. Champetier de Ribes-Justeau ; *Dr. sociétés* 2007, n° 87, H. Lécuyer.

6. Cf. par ex. *Com. 18 juin 2002*, *Bull. Joly* 2002, p. 1197, n° 256, L. Godon ; *Paris*, 18 déc. 1985, *Bull. Joly* 1986, p. 91, n° 13, ne condamnant pas le minoritaire dont le refus se trouvait

Le problème le plus délicat est celui de la **sanction de l'abus de minorité** ¹. Lorsqu'il y a abus de majorité, l'annulation de la délibération litigieuse est généralement une mesure efficace et suffisante, puisqu'elle permet de revenir au *statu quo ante*. En revanche, en cas d'abus de minorité, lorsque la délibération n'a pu être votée à cause du refus des minoritaires, la condamnation à des dommages-intérêts, même élevés, est une sanction le plus souvent inadéquate ². La question est de savoir, si pour vaincre l'obstruction des minoritaires l'autorité judiciaire peut rendre exécutoire la résolution soumise à l'assemblée. Cette sanction très efficace du **jugement valant acte** ³ était jusqu'à présent rarement adoptée ⁴, essentiellement par crainte d'une

justifié par les défauts de la politique de gestion suivie par la majorité ; *RJ com.* 1988, p. 89, D. Vidal. *Adde* Versailles, 25 nov. 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 82, n° 16 ; *JCP E* 1988, II, 15168, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain (pas d'abus du minoritaire lorsque la société a perdu plus de la moitié de son capital et que le plan de sauvetage aurait pour effet de réduire considérablement sa part dans le nouveau capital) ; Bordeaux, 7 déc. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 284, n° 82, D. Bompont (absence de collusion frauduleuse entre minoritaires) ; Paris, 26 juin 1990 (aff. *Fromageries Paul Renard*), *JCP* 1990, II, 21589, M. Germain ; *Rev. sociétés* 1990, p. 613, M. Boizard ; *Bull. Joly* 1990, p. 755, n° 221, P. Le Cannu ; T. com. Paris, 24 sept. 1991 (2 jugements) *Dr. sociétés*, 1992, n° 32, H. Le Nabasque ; Paris, 24 janv. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 405, n° 172, B. Saintourens (opération non vitale pour la société) ; Com. 27 mai 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 765, n° 283, G.B. ; *Dr. sociétés* 1997, n° 142, D. Vidal (insuffisance d'informations des minoritaires). V. pour des hypothèses où l'abus de minorité a été admis, Paris, 25 oct. 1994, *Dr. sociétés* 1995, n° 14, D. Vidal ; *Rev. sociétés* 1995, p. 111, Y.G. (refus de voter l'augmentation de capital d'une SARL, mais défaut de lien de causalité avec la liquidation judiciaire ultérieure) ; T. com. Bruxelles, 13 déc. 1984, *Rev. sociétés* 1985, 115, Y. Guyon (abus du droit de présentation d'administrateurs au conseil) ; Dijon, 16 nov. 1983, D. 1984, IR, 394, J. Cl. Bousquet et V. Sélinisky (associé égalitaire d'une SARL refusant systématiquement la transformation de la société en société anonyme, l'augmentation du capital social et l'approbation des comptes, privant ainsi la société d'une chance d'améliorer ses résultats) ; T. com. Lons-le-Saunier, 7 juill. 1995, aff. *L'amy*, *Dr. sociétés* 1995, n° 208, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1996, p. 75, B. Petit et Y. Reinhard (condamnation de l'ADAM) ; et déjà Besançon, 5 juin 1957, D. 1957, p. 605, A. Dalsace ; Limoges, 23 avr. 1990, *Dr. sociétés*, 1990, n° 367 (transformation de SARL en SA). ; Et pour des décisions n'ayant pas retenu l'abus de minorité, cf. par ex. TGI Paris, 5 mai 1982, *RTD com.* 1983, p. 244, n° 1, E. Alfandari et M. Jeantin (sur une opposition entre deux groupes d'associés d'une société civile à propos de l'affectation des bénéfices sociaux) ; Paris, 8 juill. 1983, *Bull. Joly* 1983, p. 927, n° 390 (refus d'un associé de SARL d'approuver le transfert du siège social déjà réalisé) ; Paris 23 nov. 2001, *RJDA* 2002, p. 642, n° 768 (refus d'une opération accordéon). Rappr. en cas de redressement judiciaire, Com. 15 janv. 1991, *RJ com.* 1991, p. 385, Ph. Merle ; en cas d'indivision, Lyon, 23 mai 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 645, Y. Guyon. Sur la question de savoir s'il est nécessaire de détenir une minorité de blocage pour réaliser un abus de minorité, cf. Bordeaux, 7 déc. 1989, *Dr. sociétés*, 1990, n° 127, M.G.

1. E. Lepoutre, *Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales*, *Dr. et patr.*, déc. 1995, p. 68 ; F.X. Lucas, *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité*, *Petites Affiches* 12 sept. 1997.

2. Une dissolution anticipée pour mésintelligence entre associés pourrait éventuellement être prononcée (J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, t. II, n° 390). Cf. Paris, 17 déc. 1991, *RJDA* 1992, n° 465, p. 367. Rappr. Orléans, 26 sept. 1989, *Rev. sociétés* 1990, p. 644, Y. Guyon.

3. A. Couret, *La décision valant acte*, in *Mélanges P. Spitéri*, Presses sc. soc. Toulouse 1, 2007.

4. V. cependant T. mixte de commerce de Pointe-à-Pitre, 9 janv. 1987, *Rev. sociétés* 1987, 285, Y. Guyon, admettant que le jugement vaut validation de la résolution sur l'augmentation de capital, nécessaire au redressement de la société, à laquelle les minoritaires s'étaient opposés ;

immixtion des juges dans la vie des sociétés ¹. La Cour de cassation, par un arrêt *Vitama* du 14 janvier 1992, avait semblé indiquer qu'elle n'était pas hostile à ce type de solution, en décidant, sous le visa de l'article 1382 du Code civil, que « hormis l'allocation d'éventuels dommages-intérêts, il existe d'autres solutions permettant la prise en compte de l'intérêt social » ². Cependant, par un arrêt *Flandin* du 9 mars 1993, elle s'est refusée à aller aussi loin et s'en est tenue à une position moyenne : « le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents et il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires » ³.

Afin d'éviter le risque de dissolution de la société, par suite du refus d'un minoritaire de voter une décision de prorogation, il a été suggéré de prévoir dans les statuts une clause obligeant l'opposant à céder ses actions ⁴ (cf. *supra*, n° 293).

SECTION 3. LA TRANSFORMATION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

582 *Caractéristiques* ◇ La transformation se fait généralement d'une structure simple à une structure plus élaborée. Il est donc rare que la forme de la société anonyme soit abandonnée pour un autre type de société, société à responsabilité limitée ou société de personnes. Cependant, les contraintes imposées aux sociétés anonymes, en particulier depuis les lois du 15 mai

Lyon, 25 juin 1987, préc., *RTD com.* 1988, p. 70, n° 1, Y. Reinhard ; Pau 21 janv. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 46, Ph. Merle ; *Cahier jurispr. Aquitaine* 1991, p. 269, B. Saintourens, cassé par Com. 9 mars 1993, *infra*, ; rappr. Versailles, 20 sept. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1051, n° 342 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 646, Y.G. (fixation judiciaire d'une rémunération en cas d'abus d'égalité).

1. Cf. J. Mestre, préc., *Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés*, *RJ com.* 1985, p. 81, spéc. p. 87 ; M. Jeantin, *Le rôle du juge en droit des sociétés*, in *Mélanges Perrot*, 1995, p. 149.

2. Com. 14 janv. 1992, *Quot. jur.* 5 mars 1992, B.P. ; *Rev. sociétés* 1992, p. 44, Ph. Merle ; *Bull. Joly* 1992, p. 273, n° 81, P. Le Cannu ; *JCP E* 1992, 301, A. Viandier ; *JCP* 1992, II, 21849, J.-F. Barbieri ; *Dr. sociétés*, 1992, n° 55, H. Le Nabasque ; D. 1992, p. 337, J. Cl. Bousquet ; *JCP N* 1992, II, p. 193, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1992, p. 636, n° 2, Y. Reinhard.

3. *RJDA* 93, p. 253, concl. M. Raynaud ; *Rev. sociétés* 1993, p. 403, Ph. Merle ; *JCP E* 1993, II, 448, A. Viandier ; D. 1993, p. 363, Y. Guyon ; *Rev. dr. bancaire* 1993, p. 132, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *Dr. sociétés* 1993, n° 95, H. Le Nabasque ; *Bull. Joly* 1993, p. 537, n° 152, P. Le Cannu et sur renvoi Toulouse, 13 mars 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 401, n° 136, P. Le Cannu. Cf. pour une application de cette jurisprudence *Flandin*, Com. 5 mai 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 755, n° 245, L. Godon ; *JCP E* 1998, p. 1303, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris (23^e Ch.) 13 juill. 1993, *Dr. société* 1993, n° 225, H. Le Nabasque ; V. cependant *contra* Paris, 25 mai 1993, (3^e Ch. A) *aff. Besson* ; *Bull. Joly* 1993, p. 852, n° 250, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1993, n° 165, H. Le Nabasque ; D. 1993, p. 541, A. Couret ; *Rev. sociétés* 1993, p. 827, G. Durand-Lépine ; *RTD com.* 1993, p. 673, Y. Reinhard ; T. com. Paris, 31 oct. 2000, *Dr. sociétés* 2001, n° 83, F.X. Lucas.

4. R.M. JO déb. Sénat 19 sept. 1985, p. 1520, *Rev. sociétés* 1985, p. 891. Cf. également T. com. Montpellier (aff. *Le Midi Libre*) D. 1992, p. 337, J. Cl. Bousquet.

2001 sur les nouvelles régulations économiques et 1^{er} août 2003 sur la transparence financière, ont entraîné de nombreuses transformations en SAS ¹. Le phénomène s'est amplifié avec la loi de modernisation de l'économie (LME) qui laisse les SAS libres de déterminer le montant de leur capital social et qui n'impose plus aux « petites SAS » un commissaire aux comptes (*infra*, n° 595-5 et 595-11).

Le passage d'une gestion classique avec conseil d'administration à une gestion dualiste avec directoire et conseil de surveillance, ou l'inverse, n'est pas une transformation de la société anonyme. C'est simplement un régime de gestion différent qui est adopté en application des statuts ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire (art. L. 225-57, *supra*, n° 371). Il en est de même, s'il y a passage du cumul des fonctions de président et de directeur général (PDG) au régime de la dissociation permis par la loi NRE (*supra*, n° 417 s.).

Toujours est-il que toute société anonyme peut se transformer en une société d'une autre forme (art. L. 225-243) et que la transformation régulière permet le maintien de la personnalité morale (art. L. 210-6, al. 1 ; art. 1844-3 C. civ.). L'opération obéit aux règles générales applicables à toutes les sociétés (*supra*, n°s 98 s.). En outre, elle est soumise à des conditions spéciales qu'il convient de présenter ici ².

Dans l'hypothèse où une société, de quelque forme qu'elle soit, qui n'a pas de commissaire aux comptes, se transforme en SA, et plus généralement en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, doivent être désignés, sauf accord unanime des associés, par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'eux (*cf.* art. L. 224-3, al. 1) ³.

583 Conditions préalables ◇ La transformation de la société anonyme en une société d'une autre forme suppose que la société a au moins deux ans d'existence et qu'elle a établi et fait approuver par les actionnaires les bilans de ses deux premiers exercices (art. L. 225-243). La décision de transformation ne peut être prise par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires que sur rapport des commissaires aux comptes attestant que les capitaux propres sont au moins égaux au capital social (art. L. 225-244, al. 1). Si le capital est entamé, il conviendra donc de procéder à une réduction de capital avant la transformation ⁴.

Par exception, ces conditions ne sont pas exigées lorsque la société anonyme se transforme en société en nom collectif (art. L. 225-245, al. 1).

1. R.M. JO déb. AN 29 mai 2005, p. 3266 ; Bull. Joly 2005, p. 538, n° 116 ; H. Azarian, *Dr. sociétés*, déc. 2003, p. 5.

2. Sur le régime fiscal de la transformation de la société anonyme, *supra* n° 104.

3. Cf. R. M. JO déb. Ass. nat. 5 juill. 2005, p. 6680 ; 12 juill. 2005, p. 6933 ; BRDA n° 14-2005, p. 13.

4. R.M. JO déb. AN 25 janv. 1969, p. 209.

S'il existe des *obligataires*, le projet de transformation doit être soumis à l'approbation de leur assemblée générale (art. L. 225-244, al. 2). En cas de refus d'approbation, la société ne pourrait passer outre qu'en offrant de rembourser les obligataires qui en feraient la demande (art. L. 228-72, al. 1, *supra*, n° 345).

584 Conditions particulières ◇ Certaines conditions supplémentaires sont imposées, en fonction de la forme nouvelle qui doit résulter de la transformation :

- **La transformation en société en nom collectif** nécessite l'accord de tous les actionnaires (art. L. 225-245, al. 1). En effet, à la suite de l'opération, les associés deviennent responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales, ce qui constitue une augmentation de leurs engagements ¹.

- **La transformation en société en commandite simple ou par actions** est décidée aux conditions de quorum et de majorité de l'assemblée générale extraordinaire, mais est exigée en outre l'accord de tous les futurs associés commandités, qui deviennent indéfiniment responsables (art. L. 225-245, al. 2) ².

- **La transformation en SAS** nécessite un vote unanime des actionnaires de la SA, et pas seulement des actionnaires présents ou représentés ³. Elle ne nécessite cependant plus l'intervention d'un commissaire à la transformation, depuis que la loi NRE est venue modifier la rédaction de l'article L. 224-3, al. 1^{er} ⁴.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que seul le rapport du commissaire aux comptes prévu à l'article L. 225-244 C. com. devait être établi et que son dépôt au greffe n'était pas prescrit en l'absence de toute référence à ce rapport dans l'article R. 123-105 C. com. ⁵.

- **La transformation en société à responsabilité limitée** est décidée dans les conditions prévues pour la modification des statuts des sociétés de cette forme, c'est-à-dire, depuis la « loi PME » du 2 août 2005, à la majorité des deux tiers des actions (art. L. 225-245, al. 3). En outre, le nombre des associés ne doit pas être supérieur à cent (art. L. 223-3) et l'objet social ne doit pas entrer dans la catégorie des activités interdites aux SARL.

1. Cf. Crim. 3 janv. 1986, *D.* 1987, p. 84, B. Bouloc ; *RTD com.* 1987, p. 396, n° 3, Y. Reinhard (effets de la transformation sur une délégation antérieure de pouvoirs).

2. Sur la transformation d'une société anonyme cotée en bourse en société en commandite par actions, v. *infra*, n° 590.

3. Versailles 24 févr. 2005, *JCP E* 2005, 1046, n° 6, J.J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2005, n° 94, J. P. Legros.

4. Le texte antérieur, mal rédigé, avait donné lieu à de nombreuses divergences d'interprétation. La nouvelle rédaction résulte de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003. S. Darmon et F. Desprez, *La transformation en société par actions sous turbulence législative*, *Rev. sociétés* 2005, p. 119.

5. Com. 8 avril 2008, *D.* 2008, p. 1200, A. Lienhard ; *Bull. CNCC* n° 150-2008, p. 261, Ph. Merle ; *JCP E* 2008, 1783, H. Hovasse.

- 585 **Conséquences de la transformation** ◇ La décision de transformation est soumise à des formalités de publicité comme toute modification statutaire (art. L. 225-244 al. 3 ; R. 225-165).

La transformation ne devient opposable aux tiers qu'après achèvement de ces formalités de publicité. La société conserve sa personnalité morale, mais la transformation met fin aux pouvoirs des organes d'administration ou de surveillance ¹.

Toutefois, s'il était démontré que la transformation avait eu pour seul objet d'évincer l'un des dirigeants, celui-ci pourrait obtenir des dommages-intérêts et même l'annulation de l'opération abusive ².

SECTION 4. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

- 586 **Causes communes à toutes les sociétés** ◇ Les causes de dissolution communes à toutes les sociétés (art. 1844-7 C. civ. ; *supra*, n^{os} 105 s.) s'appliquent aux sociétés anonymes. Ainsi en est-il de l'arrivée du terme convenu, de la disparition de l'objet social, du jeu d'une clause statutaire, de l'annulation du contrat de société. La dissolution pour justes motifs est rarement demandée devant les tribunaux. Elle n'est retenue que pour les petites sociétés anonymes ³ et, en particulier, en cas d'échec de l'administrateur provisoire (*supra*, n^{os} 574 s.). L'assemblée générale extraordinaire peut toujours décider la *dissolution anticipée* de la société (art. L. 225-246). Si des obligations ont été émises, l'assemblée générale des obligataires peut exiger le remboursement des obligations et la société peut l'imposer (art. L. 228-76).

La dissolution peut être prononcée par le tribunal en cas de réunion de toutes les actions en une seule main, à défaut de régularisation (art. 1844-5 C. civ.). En cas de *nationalisation*, où il n'y a plus qu'un actionnaire, l'État, des lois particulières sont systématiquement votées pour fixer les modalités d'indemnisation des actionnaires évincés et pour permettre à la société de continuer son activité (par ex. L. 11 févr. 1982).

1. Crim. 3 janv. 1986, *D.* 1987, p. 84, B. Bouloc : les pouvoirs du président du conseil d'administration ne peuvent se perpétuer après la transformation de la société anonyme en société en nom collectif. Les fonctions du commissaire aux comptes ne prennent fin au jour de la transformation que lorsque le contrôle des comptes n'est pas imposé dans la nouvelle forme sociale, cf. *La transformation des sociétés*, Études juridiques CNCC, 1992, n^o 35.

2. Cf. Com. 6 juin 1972, *Rev. sociétés* 1973, 310, B. Bouloc ; Paris, 14 janv. 1983, *BRDA* 1983-5, p. 8 ; cf. égal. T. com. Paris, 9 mars 1989, *Les Petites Affiches*, 20 mars 1989, p. 4, P. Jalade (changement de structure de gestion de LVMH). Rapp. T. com. Paris, 29 juin 1981 (aff. *Agache-Willot*) préc., *Rev. sociétés* 1982, 791, M. Guilbeteau, annulant pour abus de majorité la transformation d'une SA en société en commandite par actions, opération décidée dans le seul intérêt du groupe majoritaire et contrairement à l'intérêt social. V. sur un abus de minorité, Limoges, 23 avr. 1990, *Dr. sociétés*, 1990, n^o 367 (transformation d'une SARL en SA).

3. Com. 9 déc. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 781, J. Cl. Bousquet.

Depuis la loi du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises, le jugement ordonnant la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs entraîne sa dissolution (art. 1844-7, 7° nouv. C. civ. modifié par L. 26 juillet 2005).

587 Causes particulières aux sociétés anonymes ¹ ◇ 1) Lorsque le **nombre des actionnaires** se trouve réduit à moins de sept depuis plus d'un an, le tribunal de commerce peut, à la demande de tout intéressé, prononcer la dissolution de la société. Toutefois, le tribunal saisi peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation et, en outre, il ne peut pas prononcer la dissolution si, le jour où il statue sur le fond, la régularisation a eu lieu (art. L. 225-247, al. 1 et 2).

2) La **réduction du capital social** à un montant inférieur au minimum légal (37 000 € que la société fasse des offres au public ou non) ne peut être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation destinée à relever le capital à ce minimum, à moins que la société ne se transforme en une société d'une autre forme (art. L. 224-2, al. 2). En cas d'inobservation de ces dispositions, tout intéressé peut demander au tribunal de commerce la dissolution de la société. La dissolution ne peut cependant pas être prononcée si, au jour où le tribunal statue sur le fond, la régularisation a eu lieu (art. L. 224-2, al. 2 ; R. 210-15). Dans un souci de rigueur, la loi ne permet toutefois pas au tribunal d'accorder à la société un délai pour régulariser la situation.

3) Si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les **capitaux propres** ² de la société deviennent inférieurs à la **moitié du capital social** ³, le conseil d'administration (ou le directoire) est tenu, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société (art. L. 225-248, al. 1). Cette perte de la moitié du capital social est alarmante, et des décisions s'imposent. Le choix ouvert aux actionnaires est « simple » :

- N'ayant pas d'espoir dans le redressement de la société, ils se prononcent en faveur de la dissolution, dans les conditions de droit commun.
- Ou bien, estimant que les pertes ne sont que passagères, les actionnaires, écartant la dissolution, décident de continuer l'exploitation. La société devra alors, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue, *reconstituer ses capitaux propres* à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social, ou, à défaut, réduire son capital d'un montant au moins égal

1. Sur le régime fiscal de la dissolution de la société anonyme, *supra* n° 127.

2. Les *prêts participatifs*, ayant juridiquement le caractère de dettes pour l'entreprise bénéficiaire, ne peuvent pas être inclus dans les capitaux propres (R.M. JO déb. AN 8 août 1983, p. 3488, *Rev. sociétés* 1983, p. 865).

3. Sur les implications fiscales, *Perte de la moitié du capital social : incidences fiscales des diverses techniques de renflouement*, *BF Lefebvre* 3/03, p. 177.

à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves (art. L. 225-248, al. 2).

Le délai imparti pour régulariser la situation doit être calculé à partir de l'approbation des comptes de l'exercice ayant fait apparaître les pertes et non pas à partir de la date de clôture de l'exercice où les pertes ont été subies. Si bien que la société dispose en fait de trois exercices ¹.

La reconstitution des capitaux propres peut s'opérer par tous moyens : augmentation de capital, réalisation de bénéfices suffisants, abandon de créances...

La résolution adoptée par l'assemblée, qu'elle soit de dissolution ou de maintien de l'activité, doit être déposée au greffe du tribunal de commerce, inscrite au registre du commerce et des sociétés et publiée dans un journal d'annonces légales, sous peine de sanctions pénales (art. L. 225-248, al. 3 ; R. 225-166 ; L. 242-29-2°) ².

À défaut de réunion de l'assemblée ou si l'assemblée n'a pu délibérer valablement sur dernière convocation, ou si la société n'a pas régularisé sa situation dans un délai de deux ans, tout intéressé peut demander en justice la dissolution ³. Toutefois, le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation ; et il ne peut prononcer la dissolution, si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu (art. L. 225-248, al. 4).

Le fait pour un actionnaire de s'opposer à l'adoption d'une résolution tendant à l'augmentation du capital d'une SA ne le rend pas illégitime par la suite à agir en dissolution de la société pour insuffisance de ses capitaux propres ⁴.

Le défaut de convocation de l'assemblée dans le délai prescrit engagerait la responsabilité pénale du président et des administrateurs (ou des membres du directoire) (art. L. 242-29-1°) ⁵.

La perte de la moitié du capital social sera souvent considérée par le commissaire aux comptes comme un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, et il devra déclencher la procédure d'alerte (art. L. 234-1 ; *supra*, n° 514).

1. R.M. JO déb. Sénat 29 oct. 1971, p. 1840 ; JCP 1972, IV, 21.

2. T. corr. Paris, 20 nov. 1981, *Bull. Joly* 1982, p. 484, n° 195 ; sur la publicité à effectuer lorsque la situation a été régularisée, cf. R.M. JO déb. Sénat 8 janv. 1987, p. 50 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 321. T. com. Paris (ord.) 17 janv. 1979, JCP 1979, II, 19 167, Y. Guyon.

3. Com. 12 nov. 1973, JCP 1974, II, 17886, J.-J. Burst ; Metz, 5 janv. 1977, *Rev. sociétés* 1977, 488, B. Bouloc ; Paris, 18 févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 531, n° 157 (refusant la qualité d'intéressé à un créancier ; SARL). Comp. TGI Strasbourg 12 mars 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 649, n° 218, N. Rontchevsky (admettant l'action d'un concurrent, SARL).

4. Com. 31 oct. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 260, n° 52, P. Le Cannu ; D. 2006, p. 2791, A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 559, L. Amiel-Cosme ; JCP E 2006, 1572, A. Mairot et 2007, 1049, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker. Cf. égal. A. Mairot, *Peut-on refuser de voter la mesure de nature à redresser la situation d'une S. A. et demander ensuite sa dissolution ?* JCP E 2007, 1572. Rapp. sur l'absence d'abus de minorité d'un actionnaire qui ne dispose pas de l'information suffisante pour se prononcer en connaissance de cause, Com. 20 mars 2007, JCP E 2007, 1755, A. Viandier.

5. Crim. 24 mars 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 117, D. Vidal ; RTD com. 2000, p. 106, Cl. Champaud et D. Danet (prescription).

Depuis la loi du 10 juin 1994, lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure, qu'une société commerciale (un GIE ou une entreprise individuelle) connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (par ex. perte importante du capital social), ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation (art. L. 611-2).

Les dispositions concernant la perte de la moitié du capital social ne sont pas applicables aux sociétés en redressement judiciaire ou qui bénéficient d'un plan de continuation (art. L. 225-248 *in fine*).

588 Liquidation et partage ◇ Après la dissolution, interviennent les opérations de liquidation et de partage, suivant les règles de droit commun (*supra*, n^{os} 115 s.). Mais elles peuvent s'étendre sur plusieurs années en fonction de l'importance de la société.

SOUS-TITRE 2

La société en commandite par actions¹

589 Caractéristiques ◇ La commandite par actions est une société de forme bâtarde² qui comprend deux catégories d'associés :

- **un ou plusieurs commandités** qui ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ;
- **au moins trois commanditaires** qui ont la qualité d'actionnaire et qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports (art. L. 226-1, al. 1).

Les commandités sont donc dans la situation des associés en nom collectif. Quant aux commanditaires, ils ressemblent à des actionnaires ; il n'y a pas d'*intuitus personae* en ce qui les concerne.

Les commandites ont connu leur heure de gloire avant 1867, à l'époque où une autorisation était nécessaire pour constituer une société anonyme (*supra*, n° 246), mais pas une commandite par actions. La commandite rassurait, dans la mesure où au moins l'un des associés était responsable indéfiniment des dettes sociales. En fait, cette époque de « fièvre des commandites » fut à l'origine de nombreux scandales : il suffisait à quelques capitalistes peu scrupuleux de désigner comme commandité un homme de paille sans surface financière pour drainer une abondante épargne, à l'égal des sociétés anonymes.

La loi de 1867 en donnant toute liberté de constitution aux sociétés anonymes, ôta l'intérêt majeur qu'il y avait à la constitution de commandites par actions ; l'avènement de la SARL en 1925 leur porta un nouveau coup ; et le projet de réforme, qui devait donner naissance à la loi de 1966 faillit même leur donner le coup fatal en interdisant pour l'avenir leur création. Finalement, ce type de société fut conservé parmi les autres types de sociétés commerciales.

1. V. *La société en commandite entre son passé et son avenir*, préc., Étude du Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA) sous la direction de A. Viandier, J. Hilaire, H. Merle, H. Serbat, *Librairies techniques* 1983 ; Y. Faure, *Les commandites*, Joly éd. 1997, p. 230 ; A. Guineret-Brobbelet Dorsman, *La GMBH et CO. KG allemande et la « commandite à responsabilité française » : une illustration de la liberté contractuelle en droit des sociétés* ? LGDJ 1998, préf. M. Fromont ; bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1994, p. 604.

2. G. Ripert et R. Roblot, n° 2015.

Au 30 juin 2007, selon l'INSEE, il n'existait plus que 300 commandites par actions (et 845 commandites simples). En 2006, sur les 119 sociétés par actions composant l'indice SBF 120, seules 5 étaient sous forme de sociétés en commandite par actions ¹. Au greffe du tribunal de commerce de Paris, en 2008, ce sont seulement 18 SCA qui ont été immatriculées (*supra*, n° 2).

Cependant, parmi les commandites par actions, figurent des entreprises de toute première importance comme *Hermès*, *Michelin*, *Lagardère* ou *Eurodisney* ².

Trois séries de textes s'appliquent aux sociétés en commandite par actions (art. L. 226-1, al. 2) :

- les textes propres aux sociétés en commandite par actions (art. L. 226-2 à L. 226-14 et R. 226-1 à R. 226-3) ;
- les règles concernant les sociétés en commandite simple dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues pour les sociétés en commandite par actions ;
- les règles concernant les sociétés anonymes, sauf celles ayant trait au conseil d'administration, au directoire et au conseil de surveillance, dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues pour les sociétés en commandite par actions.

590 **Inconvénients et avantages** ◇ La désuétude dont fait l'objet la commandite par actions semble tenir essentiellement à la superposition des deux catégories d'associés, ayant des droits et obligations différents, et à la responsabilité indéfinie et solidaire des associés commandités.

Toutefois, il a été montré que ce type de société recelait des **potentialités** intéressantes ³. Par rapport à la société anonyme, la commandite laisse en effet au pacte social beaucoup de liberté pour fixer le statut des gérants et leur conférer une grande stabilité. L'engagement solidaire et indéfini des commandités, généralement gérants statutaires, leur donne un grand poids dans la direction de l'entreprise ⁴, et leur permet d'obtenir facilement du crédit. Enfin, étant une société par actions, la commandite peut faire appel au

1. Rapport AFEF, *Principes de gouvernement d'entreprise énoncés par le rapport AFEF-MEDEF d'octobre 2003 sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, exercice 2006*, sept. 2007, p. 4.

2. Casino a abandonné cette structure en oct. 1994 pour celle de société anonyme avec directoire et conseil de surveillance, ce qui a facilité la prise de contrôle de Rallye en 1997 (*infra*, n° 650-1). En sept. 2003, la société Casino est revenue à la structure classique, mais avec une présidence dissociée ; puis, la présidence et la direction générale ont été réunies sur la tête de J.-Ch. Naouri.

3. CREDA, préc. ; A. Sayag, A. Viandier, J.-P. Le Gall, F. Terré, *Les potentialités de la commandite, financement, capital et pouvoir dans l'entreprise : une nouvelle chance pour la commandite ?* Réunion-débat, JCP E 1984, 14 371 ; J.-P. Bertrel, *Vers un renouveau de la société en commandite par actions ?* Banque 1986, p. 363 ; *Intérêts de la société en commandite par actions*, BRDA 30 nov. 1990, p. 2. La commandite, technique d'ingénierie juridique, *Difficulté de mise en œuvre*, Dr. et patr. déc. 1993, p. 26 ; M. Turck, *Société en commandite par actions et effet de levier juridique*, JCP E 1994, I, 377.

4. V. sur la sanction d'un apport partiel d'actif d'une société anonyme prospère à une commandite par actions contrôlée par les majoritaires de la SA, Com. 30 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 241, n° 42, P. Le Cannu ; JCP E 2005, 131, n° 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; P. Le Cannu, *La sous-filialisation abusive*, *Bull. Joly* 1995, p. 321, n° 101.

public et ouvrir son capital, tout en réservant la direction et la gestion de la société à un petit groupe familial assuré d'une plus grande stabilité que les dirigeants de sociétés anonymes (*infra*, n° 593).

Certaines sociétés (*Lagardère, Michelin, Hermès...*) soucieuses de rendre compatible un contrôle familial et des possibilités de développement passant par une entrée en Bourse ont adopté la structure de la commandite par actions, excellent moyen de défense anti-OPA (*infra*, n° 651).

La COB a estimé qu'il n'y avait pas lieu de s'opposer à l'admission à la cote officielle ou à celle du second marché d'une société en commandite par actions dès lors qu'était assurée une information adéquate des actionnaires sur l'amoindrissement de leurs droits par rapport aux actionnaires d'une société anonyme.

En revanche, la COB a considéré que la transformation d'une société anonyme, déjà inscrite à la cote, en société en commandite, pouvait affecter de manière fondamentale le pacte social, en modifiant les pouvoirs de l'actionnaire dans le choix et la révocation des dirigeants sociaux ¹. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, elle a veillé à ce qu'un droit de retrait soit réservé aux actionnaires ².

Le règlement général de l'AMF dispose désormais en son article 236-5 que la ou les personnes physiques ou morales qui contrôlent une société anonyme, dont les titres sont admis sur un marché réglementé, qui est transformée en commandite par actions, sont tenues, dès l'adoption par l'assemblée générale de la résolution tendant à la transformation de la société, de déposer un projet d'offre publique de retrait, permettant aux minoritaires de quitter la société (*infra*, n° 651-1) ³.

Seules seront présentées dans le cadre de ce *Précis* les principales particularités de la société en commandite par actions, qui est une société commerciale par la forme, quel que soit son objet (art. L. 210-1, al. 2), et dont la réglementation est dominée par les dispositions relatives à la société anonyme ⁴.

1. V. par des annulations en cas de recours abusif à la commandite par actions, Com. 24 janv. 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 46, M. Jeantin ; *RTD com.* 1995, p. 623, B. Petit et Y. Reinhard ; T. com. Lyon, 23 janv. 1995, *RTD com.* 1995, p. 625, B. Petit et Y. Reinhard (abus de majorité).

2. Rapport COB, 1988, p. 18 ; Rapport COB 1989, p. 38. Sur l'indemnisation des commandités en cas de changement de structure de la société, Rapport COB 1993, p. 49 et 1995, p. 47.

3. La SCA *Castorama* a prévu qu'en cas de perte de son statut de commandite, les associés commandités recevront, en contrepartie de l'annulation de leurs parts et des droits qui y sont attachés, des BSA pouvant donner lieu à la création d'actions portant sur un montant de 1,26 milliard de francs. Cet avantage très important a conduit la COB à émettre un « avertissement » (*La Tribune*, 15 déc. 1998 ; *Les Échos*, 21 déc. 1998).

4. *Fiscalement*, les sociétés en commandite par actions sont soumises à l'impôt sur les sociétés (art. 206-1 CGI ; *supra* n° 13). Les gérants commandités sont soumis au même régime fiscal que celui des gérants majoritaires des SARL (art. 211-I CGI ; *supra* n° 191). Lorsqu'ils ne sont pas associés, les gérants relèvent pour leurs rémunérations du régime fiscal des traitements et salaires, *supra* n°s 389 et 390. Cf. O. Dauchez, *Sociétés en commandites par actions, Aspects fiscaux*, Bull. Joly 1993, p. 1210, n° 360.

SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS

591 Associés ◇ Il peut y avoir un ou plusieurs **commandités** qui doivent avoir la capacité requise pour l'exercice d'une activité commerciale. Ils répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Une personne morale, à la responsabilité limitée, peut être commanditée ¹. Le commandité peut faire un apport en industrie (*supra*, n° 167). Il peut être également actionnaire.

Les **commanditaires** ont la qualité d'actionnaire et ne répondent des dettes sociales que dans la limite de leurs apports (art. L. 226-1, al. 1). Ils doivent être au moins trois, ce qui correspond au minimum requis pour constituer le conseil de surveillance (art. L. 226-4, al. 1 ; *infra*, n° 594).

592 Capital social. Dénomination sociale ◇ Le capital social, constitué des apports en numéraire et, le cas échéant, des apports en nature, doit être, comme pour les sociétés anonymes de 37 000 €, que la société fasse des offres au public ou non (art. L. 224-2, al. 1 nouv.).

La société est désignée par une dénomination sociale qui peut comprendre le nom d'un ou plusieurs commandités, mais le nom des commanditaires ne peut y figurer (art. L. 224-1, al. 2). S'il en était ainsi, ou si les commanditaires accomplissaient des actes de gestion externe (*supra*, n° 168) ils s'exposeraient, comme les commandités, à supporter indéfiniment et solidairement les dettes sociales.

SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS

593 Gérance ◇ La société en commandite par actions est administrée par un ou plusieurs gérants, personnes physiques ² ou personnes morales, généralement choisis parmi les commandités, mais qui pourraient être des tiers. En tout cas un commanditaire ne peut jamais être gérant.

Les premiers gérants sont désignés par les statuts. En cours de vie sociale, ils sont désignés par l'assemblée générale ordinaire avec l'accord de tous les associés commandités, sauf clause contraire des statuts (art. L. 226-2, al. 1 et 2) ³.

1. Ce qui peut être une source d'abus. V. les suggestions de la COB in *Rapport annuel* 1995, p. 46.

2. Les gérants, personnes physiques, sont soumis à la même limite d'âge que les présidents de conseil d'administration (art. L. 226-3).

3. Sur la question de savoir si le dirigeant d'une personne morale associée commanditée et gérant d'une commandite par actions peut être salarié de cette dernière, cf. R.M. JO déb. Sénat

Le gérant, associé ou non, statutaire ou non, est révocable dans les conditions prévues par les statuts (art. L. 226-2, al. 3). Rien n'interdit donc de prévoir que la révocation ne peut intervenir qu'avec le consentement de tous les commandités ¹, ce qui rend *très stable* la situation du gérant commandité, beaucoup plus que celle d'un dirigeant de société anonyme ². Cependant le gérant peut toujours être révoqué par le tribunal de commerce pour cause légitime à la demande de tout associé ou de la société, et toute clause contraire est réputée non écrite (art. L. 226-2, al. 4) ³.

Les gérants sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société et ils l'engagent même en dehors de l'objet social (art. L. 226-7).

594 Contrôles ◇ Trois dispositifs de contrôle sont classiques : la procédure des articles L. 225-38 s. (anciens articles 101 s. de la loi de 1966) qui joue pour les **conventions** passées entre la société et l'un de ses gérants, l'un des membres de son conseil de surveillance ou, dorénavant, l'un de ses actionnaires disposant de plus de 10 % des droits de vote ou la société contrôlant un tel actionnaire au sens de l'article L. 233-3 (*cf.* art. L. 226-10 ; R. 226-2 ; *supra*, n^{os} 398 s.) ⁴.

Depuis la loi de 1966, les commandites sont soumises au contrôle d'un ou plusieurs **commissaires aux comptes** désignés par l'assemblée générale ordinaire (art. L. 226-6). Leurs conditions de nomination, leurs attributions, leur rémunération et leurs responsabilités sont les mêmes que dans les sociétés anonymes (*supra*, n^{os} 498 s.).

Les **assemblées générales** qui réunissent les commanditaires, mais pas les commandités, sauf s'ils sont actionnaires, jouent le même rôle, notamment de contrôle, que les assemblées des sociétés anonymes ⁵. L'opposition des commanditaires peut cependant créer un risque de paralysie de la vie sociale ⁶.

Plus original est le **conseil de surveillance**, organe qui existait dans la commandite par actions bien avant 1966, date à laquelle il a été introduit

23 août 1990, p. 1840 ; *Bull. Joly* 1990, p. 781, n° 232 et A. Viandier et J.-J. Caussain *JCP E* 1991, I, 22, n° 7.

1. G. Ripert et R. Roblot, n° 2024.

2. Sur la désignation d'un administrateur provisoire en cas de mésentente entre le gérant commandité et la majorité des commanditaires, T. com. Paris (ord. réf.) 25 nov. 1993, *RJ com.* 1994, p. 161, X. Vincent.

3. Sur la notion de cause légitime de révocation, *cf. supra*, n° 189 à propos de la révocation du gérant de SARL.

4. Les conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales doivent être communiquées par l'intéressé au président du conseil de surveillance. La liste et l'objet en sont communiqués par le président aux membres du conseil de surveillance et aux commissaires aux comptes (art. L. 225-87).

5. Cependant, la modification des statuts exige, sauf clause contraire, l'accord de tous les commandités (art. L. 226-11).

6. F. Bucher, *Du bon usage de la commandite par actions*, *Rev. sociétés* 1994, p. 415.

dans les sociétés anonymes optant pour la structure duale (*supra*, n^{os} 438 s.).

Le conseil de surveillance est composé de trois actionnaires au moins, nommés par l'assemblée générale ordinaire, suivant les dispositions statutaires (art. L. 226-4, al. 1) ¹.

Les commandités ne peuvent être membres du conseil de surveillance. S'ils ont la qualité d'actionnaire, ils ne peuvent pas participer à la désignation des membres de ce conseil (art. L. 226-4, al. 2).

À défaut de disposition statutaire concernant la désignation et la durée du mandat des membres du conseil de surveillance, ce sont les règles concernant les administrateurs de sociétés anonymes qui s'appliquent (art. L. 226-4, al. 3). De même, s'appliquent les règles relatives à la limite d'âge (art. L. 226-5).

Le conseil de surveillance joue le même rôle que son homologue dans la société anonyme de type dual (*supra*, n^{os} 450 s.) : il « *assume le contrôle permanent de la gestion de la société* » (art. L. 226-9, al. 1) ². Il doit donc non seulement contrôler les comptes de la société, aidé dans cette mission par les commissaires aux comptes, mais surtout apprécier l'opportunité de la gestion. Il fait chaque année à l'assemblée ordinaire des actionnaires un rapport, dans lequel il doit notamment signaler les irrégularités et inexactitudes relevées dans les comptes de l'exercice (art. L. 226-9, al. 2) ³. Il peut également convoquer l'assemblée générale (al. 3).

Si les membres du conseil de surveillance ne peuvent encourir aucune responsabilité, en raison des actes de gestion et de leur résultat, ils seraient responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat et ils pourraient être déclarés civilement responsables des délits commis par les gérants si, en ayant eu connaissance, ils ne les avaient pas révélés à l'assemblée générale (art. L. 226-13).

SECTION 3. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS

595 Causes ◇ En dehors des causes de dissolution communes à toutes les sociétés (*supra*, n^{os} 105 s.) ⁴ peuvent jouer toutes les causes de dissolution

1. Sur les conditions auxquelles un président de conseil de surveillance peut bénéficier de l'exonération d'ISF, Com. 11 oct. 2005, *JCP E* 2005, 1834, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

2. Sur le point de savoir si un parlementaire peut être membre d'un conseil de surveillance, Conseil const. 14 sept. 1995 (*Marini*) *Rev. sociétés* 1995, 772, Y.G.

3. Concernant le rapport sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne que doit établir le président du conseil de surveillance de la SCA faisant appel public à l'épargne, cf. art. L. 226-10-1 nouv.

4. Paris, 8 juill. 1994, *Dr. sociétés* 1994, n° 195, H. Le Nabasque ; *RJDA* 1994, p. 900, n° 1156 (dissolution volontaire) ; Paris, 8 juill. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1093, n° 300, P. Le Cannu (rôle des commanditaires, dissolution judiciaire) ; Paris, 5 sept. 1997, *Dr. sociétés* 1998, n° 31, D. Vidal (dissolution pour mésintelligence ; pouvoirs respectifs du liquidateur et du gérant commandité). Rappr. sur la dissolution pour justes motifs (art. 1844-7, 5°) d'une société en commandite simple

des sociétés anonymes (*supra*, n° 587), sachant toutefois que la société en commandite par actions peut ne comprendre que quatre associés. Peuvent également s'appliquer les causes de dissolution propres à la société en commandite simple lorsqu'elles surviennent en la personne d'un associé commandité (*supra*, n° 172).

Les statuts prennent toujours le soin de prévoir une clause de continuation en cas de décès, redressement, liquidation judiciaire ou incapacité de l'un des commandités, afin d'éviter une dissolution intempestive.

SOUS-TITRE 3

La société par actions simplifiée (SAS)¹

595-1 Origine ◇ La société par actions simplifiée (SAS), nouvelle forme de société par actions, a été introduite dans notre droit par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994². À l'origine de cette création, on trouve un rapport du CNPF (devenu le MEDEF) d'octobre 1990³ attirant l'attention sur les besoins des grandes entreprises industrielles françaises qui souhaitaient disposer d'une nouvelle structure juridique pour développer la *coopération interentreprises*. De fait, la société anonyme est très rigide et laisse peu de place à la liberté individuelle⁴ ; en outre, les structures plus souples, comme le groupement d'intérêt économique (GIE ou GEIE) et la société en nom collectif, présentent le handicap de comporter pour leurs membres une responsabilité indéfinie et solidaire. Ces inconvénients, plus juridiques que fiscaux, conduisaient d'importantes entreprises françaises à délocaliser leurs filiales communes ou leurs holdings à l'étranger, en particulier aux Pays-Bas.

La grande nouveauté de cette SAS est de donner l'absolue priorité à la **liberté contractuelle** des associés qui s'exprime dans les statuts⁵. Le recours à la loi ne s'opère qu'à titre supplétif (art. L. 227-1, al. 3). La société par actions simplifiée offre donc la souplesse en permettant une organisation « sur mesure » avec une forte place laissée à l'*intuitus personae* qui doit prédominer entre les associés (la loi de 1994 n'utilise pas le terme « actionnaires »). La primauté donnée au pacte social doit conduire à une grande

1. P. L. Périn, *SAS, Études, formules*, 3^e éd. Joly 2008 ; A. Charvériat et A. Couret, *Société par actions simplifiée*, Francis Lefebvre, Dossiers pratiques, 2001 (416 p.) ; H. Azarian, *La société par actions simplifiée*, Litec 2^e éd. 2007.

2. Cette dénomination, préférée à celle de « société anonyme simplifiée » devait permettre d'éviter l'application des directives communautaires concernant les sociétés anonymes. Cf. A. Le Fèvre, *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ?* *RJ com.* 1992, p. 89, spéc. p. 92 ; Y. Reinhard, *JCP E* 1994, 369, n° 2. Mais, depuis, le droit communautaire rattrape la SAS. V. par ex. directive du 15 juill. 2003, *D.* 2003, p. 2219 ; A. Le Goff, *Les risques de la société par actions simplifiée*, Thèse dactyl. Rennes 2004, n° 159 s.

3. Cf. les observations de B. Field, Président du groupe de travail, in *Bull. Joly* 1990, p. 939, n° 296.

4. Ph. Bissara, *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, *Rev. sociétés* 1990, p. 553.

5. Y. Guyon, *Présentation générale de la SAS*, *Rev. sociétés* 1994, p. 207 ; J. Honorat, *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, *Petites Affiches* 19 août 1996. Cf. égal. S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales*, LGDJ 2002, préf. F. Terré ; L. Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés. Etude de droit comparé (Angleterre, Espagne, France)* LGDJ 2003, préf. B. Saintourens.

transparence et éviter la floraison des pactes d'actionnaires, à l'efficacité souvent incertaine. Ouvertement, il est possible, grâce à la SAS de dissocier l'organisation du pouvoir et le contrôle du capital ¹.

595-2 Évolution ◇ À l'origine, la SAS était réservée aux sociétés, qui seules pouvaient en être associées. La nouvelle structure a certes été utilisée pour organiser des coopérations interentreprises, mais elle a surtout servi à abriter des *filiales au sein des groupes de sociétés*. Le succès rencontré a conduit les pouvoirs publics à étendre considérablement le champ d'application de la SAS, au détour de la loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, qui permet désormais aux personnes physiques d'être associés de ce type de société, quel qu'en soit l'objet, et qui crée la SASU, SAS unipersonnelle.

La réforme est de toute première importance ² : la SAS peut en effet accueillir des PME ³ et des entrepreneurs individuels et il n'est pas interdit de penser que, dans l'avenir, les sociétés anonymes seront plutôt réservées aux entreprises importantes qui désirent faire appel public à l'épargne ⁴. Quant à la SAS et à la SASU, par leur souplesse, elles ont vocation à accueillir les sociétés fermées ⁵, aux dépens des SA, des SARL et des EURL, à condition que les chefs de petites entreprises ne soient pas déroutés par ce nouveau cadre juridique ⁶, et à se développer dans les groupes de sociétés, soit comme filiales, soit comme holdings ⁷.

La loi NRE du 15 mai 2001, par les nouvelles contraintes qu'elle a imposé aux sociétés anonymes, a incontestablement provoqué un regain d'intérêt

1. J. P. Bertrel, *Ingénierie juridique : comment dissocier le pouvoir et la détention du capital dans une société ?*, Dr. et patr., sept. 2001, p. 34 ; H. Hovasse, *De la liberté statutaire dans la SAS : comment démembrer des actions sans constituer un usufruit ?* Dr. sociétés, déc. 2006, p. 3.

2. J. Pailluseau, *La nouvelle SAS Le big-bang du droit des sociétés !* D. 1999, Chron. 333. V. égal. les commentaires de M. Germain, JCP E 1999, p. 1505 ; D. Randoux, id. p. 1812 ; J.-J. Caussain, id. p. 1664 ; J.-J. Daigre, id. p. 977 ; J.-P. Bertrel, Dr. et patr. sept. 1999, p. 40 ; P. Le Cannu, Bull. Joly 1999, p. 841, n° 198 ; G. Baranger, id. p. 831, n° 197 ; Y. Guyon, Rev. sociétés 1999, p. 505 ; D. Vidal, Dr. sociétés août-sept. 1999, p. 4 ; Cl. Champaud et D. Danet in RTD com. 1999, p. 872 ; Y. Reinhardt, id. p. 898 ; J. Barthélémy, *Société par action simplifiée et droit social*, Dr. sociétés. 2000, p. 637. Bibliographie thématique in Rev. sociétés 1999, p. 901. Parmi les ouvrages, cf. P.L. Périn, *La société par actions simplifiée, L'organisation des pouvoirs*, Joly 2000 ; *Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Société par actions simplifiée, nouveaux atouts après la loi NRE, 2001* ; H. Azarian, *La SAS, création, fonctionnement, évolution*, Litec 2005.

3. Cf. CCIP, *La SAS, une structure de coopération pour les PME*, JCP E 2001, p. 115 ; J. Pailluseau et alii, *La SAS : une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques*, JCP E 2002, p. 458.

4. A. Charvériat, *La refonte de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la société anonyme ?* Option Finance n° 556, 12 juill. 1999, p. 25.

5. La SAS ne peut pas faire appel public à l'épargne (art. L. 227-2 et L. 244-3), ce qui peut être un inconvénient pour les créateurs de *start-up* qui rêvent d'une introduction rapide en bourse.

6. P. Le Cannu, *La SAS dans la concurrence des formes de société*, Bull. Joly 2008, p. 236, n° 54 ; M. P. Souweine et E. Mansillon, *L'envers de la SAS*, D. 2004, p. 2282. Cf. pour des tableaux comparatifs avec l'entreprise individuelle et les divers types de sociétés, J. Pailluseau et autres, JCP E 2000, p. 1748 ; E. Roty, JCP E 2000, p. 1694.

7. B. Le Bars, *L'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés*, Bull. Joly 2008, p. 254, n° 58.

pour la SAS ¹. Et une nouvelle dynamique leur a été donnée par la loi de modernisation de l'économie (LME) qui assouplit les exigences ayant trait au montant et à la nature du capital social et organise un recours moins systématique aux commissaires aux comptes ².

Selon l'INSEE, le nombre de SAS était de 110 276 au 1^{er} janvier 2007 ³. À la même époque, on dénombrait toutefois 1 142 331 SARL.

595-3 Textes applicables ⁴ ◇ Les dispositions sur la SAS figurent dans le Code de commerce, après les textes concernant la commandite par actions (art. L. 227-1 à L. 227-19). Le dispositif pénal figure dans les articles L. 244-1 à L. 244-4 ⁵.

Aux termes de l'article L. 227-1, alinéa 3 nouv. « *Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiée* ». Autrement dit, ne sont pas applicables à la SAS les dispositions sur le capital social, l'information des associés sur le nombre de voix de vote existants, la direction, l'administration des sociétés anonymes et les assemblées d'actionnaires. Mais reste

1. R. M. JO déb. A. N. 29 mars 2005, p. 3266 ; Bull. Joly 2005, p. 538, n° 116 ; H. Azarian, Dr. sociétés déc. 2003, p. 5. La loi NRE (art. 130) a également élargi le champ d'application des SAS, en permettant la création de SELAS, sociétés d'exercice libéral par actions simplifiée. Cf. A. Charvériat et A. Couret, *Société par actions simplifiée, Nouveaux atouts après la loi NRE, Dossiers pratiques*, Francis Lefebvre 2001 ; P.L. Périn, *Les apports de la loi NRE au régime de la SAS*, Bull. Joly 2001, p. 745, n° 168 ; H. Le Nabasque, Rev. sociétés 2001, p. 589. Cet engouement aurait pu s'accroître encore avec la SUIR (société unipersonnelle d'investissement à risque ; art. 208 D, 163 quinquies C bis, 158 quater 6° bis et 223 sexies 6 bis, CGI), instituée en vue d'offrir aux « business angels » qui apportent leurs capitaux aux jeunes entreprises un cadre juridique spécifique (SASU) assorti d'avantages fiscaux reflétant le risque élevé de tels investissements, mais face à son trop faible succès, ce régime est supprimé au 1^{er} juill. 2008 (art. 34 de la LME, n° 2008-776, du 4 août 2008).

2. J. F. Barbiéri, *La SAS revisitée par la LME*, Bull. Joly 2008, p. 560 ; Th. Massart, *La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus ?* Bull. Joly 2008, p. 632, n° 136.

3. Sur la confirmation de ce chiffre, R. M. JO déb. Ass. Nat. 4 mai 2004, p. 3346 ; Bull. Joly 2004, p. 725, n° 146.

4. Fiscalement, la SAS est soumise à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun (*supra*, n° 13) : cf. Instr. 8 mars 1994, BOI 4 H-3-94 ; Instr. 2 oct. 1995, BOI 4J-2-95 ; art. 1655 quinquies CGI (pour l'identité de régime avec la SA) ; art. 206-1 CGI (pour l'imposition à l'IS). J. Paillusseau, A. Outin-Adam, D. Gutmann, A. Theimer, J. Barthélémy et B. Weber, *La société par actions simplifiée, Aspects fiscaux et sociaux*, Dr. sociétés, Actes prat., juill./août 2000, p. 5. Plus particulièrement sur la fiscalité des filiales européennes d'une SAS, R.M. JO déb. AN 24 janv. 2000, p. 493. Enfin, la directive du Conseil 2003/123/CE du 22 déc. 2003 (modifiant la directive 90/435/CEE, sur le régime fiscal des distributions versées entre sociétés membres d'États différents de la Communauté européenne, par hypothèse adoptée avant la naissance de la SAS) mentionne expressément la SAS (Annexe à l'art. 2, § 1, point a, f) parmi les sociétés de droit français pouvant prétendre à l'élection au bénéfice du régime de faveur des « sociétés mères » (*supra* n° 19 ; *infra* n° 666-1).

5. M. Véron, *Le dispositif répressif de la loi du 3 janv. 1994 instituant la SAS, Droit pénal*, mars 1994, p. 1.

applicable, sauf disposition statutaire contraire, tout le reste du droit commun de la société anonyme ¹, sans oublier les dispositions générales du Code civil (art. 1832 et s.). Les statuts doivent évidemment respecter l'ordre public sociétaire ². Ce renvoi au droit commun sera probablement source de difficultés ³.

SECTION 1. LA CRÉATION DE LA SAS

La SAS peut se créer soit *ab initio*, par une opération classique de constitution, soit par transformation d'une société existante.

§ 1. La constitution de la SAS

Les règles de constitution de la SAS sont celles de la société anonyme, sous réserve de certaines dispositions particulières concernant les associés et le capital.

595-4 Associés ◇ Depuis la loi du 12 juillet 1999, la SAS peut être constituée entre des personnes physiques et/ou des personnes morales (art. L. 227-1). La société peut ne comprendre qu'un seul associé (SASU, *infra*, n^{os} 595-18 et s.), ce qui est une simplification très importante par rapport aux sociétés anonymes dont le nombre d'actionnaires ne peut être inférieur à sept (art. L. 225-1). La loi ne fixe pas un nombre maximum d'associés, mais en raison du fort *intuitus personae* qui caractérise la SAS, leur nombre sera nécessairement peu élevé.

595-5 Capital social ⁴ ◇ Jusqu'à la loi de modernisation de l'économie (LME), le capital social minimum de la SAS était fixé à 37 000 €, seuil exigé pour les sociétés ne faisant pas publiquement appel à l'épargne. Le législateur a

1. V. par ex. la controverse sur le point de savoir si la SAS doit consulter les associés tous les trois ans pour leur proposer une augmentation de capital réservée aux salariés, lorsque les actions détenues par le personnel représentent moins de 3 % du capital (art. L. 225-129, VII al. 2). Pour l'affirmative, R. M. *JO déb. Sénat* 3 janv. 2008, p. 38 ; *BRDA* n° 2 - 2008, p. 3 ; *D.* 2008, p. 150 ; *contra*, *Bull. CNCC* n° 126-2002, p. 281.

2. M.C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ 1998, préf. A. Viandier, n^{os} 852 s. ; J. Stoufflet, *Aménagements statutaires et actionnariat de la SAS*, *Rev. sociétés* 2000, p. 241. V. par ex. *Com.* 23 oct. 2007, *JCP E* 2007, 2433, A. Viandier et 2008, 1280, n° 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *JCP G.* 2008, II, 10197, D. Bureau ; *D.* 2008, p. 47, Y. Paclot ; *Bull. Joly* 2008, p. 101, n° 23, D. Schmidt ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 814, P. Le Cannu ; *RJDA* 2008, p. 3, J. Ph. Dom ; p. 9, rapport B. Petit (droit de vote de l'associé).

3. Cf. P.L. Périn, *De quelques pièges à éviter dans l'organisation de la SAS : connaître et respecter les limites de la liberté d'organisation de la SAS*, *Dr. sociétés*, juin 1994, p. 1 ; A. Lorton, *Réflexions sur la société par actions simplifiée ou SAS : Souplesse À Surveiller*, *Gaz. Pal.* 3 mai 1994.

4. S. Centoni, D. Stucki, *Clauses statutaires relatives au capital*, *JCP E* 2000, p. 1554 et 1599.

estimé que l'exigence d'un tel montant restreignait substantiellement le public pouvant prétendre à la constitution de ce type de société ; c'est pourquoi il a décidé de transposer à la SAS ce qu'il avait décidé en 2003 pour les SARL ¹ : **le capital social est librement fixé par les statuts** (art. L. 227-2, al. 2 nouv.). Il peut donc n'être que d'un euro...

La LME a introduit une autre nouveauté en permettant que des **apports en industrie** soient réalisés ². Ces apports ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution d'actions ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes (art. 1843-2, al. 2 C. civ.). C'est aux statuts qu'il appartient de déterminer les modalités de souscription et de répartition de ces actions, qui sont inaliénables (art. L. 227-1 al. 4 nouv.) ³.

Les actions représentant le capital social peuvent être des actions ordinaires ou des actions de préférence ⁴. Lors de la constitution de la société, le capital peut n'être libéré que de la moitié de son montant. En ce cas, le surplus devra être versé, en une ou plusieurs fois, dans un délai de cinq ans à compter de l'immatriculation de la société, sur appel des fonds par les dirigeants sociaux.

La SAS ne peut pas procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions ⁵, ce qui marque bien le caractère fermé de cette société (art. L. 227-2 nouv. et L. 244-3 pour les sanctions pénales) ⁶. Ce peut être un frein à l'adoption de cette structure lorsque les fondateurs de la société envisagent de l'introduire rapidement en bourse. En revanche, rien n'interdit évidemment aux sociétés associées de la SAS de faire elles-mêmes publiquement appel à l'épargne.

En cas d'augmentation de capital en numéraire, les dispositions de l'article L. 225-129-6 tendant à favoriser une meilleure participation des salariés s'appliquent dans les SAS ⁷.

1. V. sur notre critique de cette mesure démagogique et qui peut être dangereuse, *supra* n° 178.

2. S. Schiller et P. L. Périn, *Les apports en industrie dans les SAS*, *Rev. sociétés* 2009, p. 59.

3. Les statuts doivent également fixer le délai au terme duquel, après leur émission, ces actions font l'objet d'une évaluation dans les conditions prévues à l'article L. 225-8.

4. P. Le Cannu, *Bull. Joly*, n° spécial, nov. 2006, p. 1311, n° 272 ; G. de Ternay, *SAS et actions de préférence : modus operandi*, *JCP E* 2005, 568. Sur le mode de désignation du commissaire aux apports, *JO déb. Ass. nat.* 23 mai 2006, p. 5510 ; *Bull. Joly* 2006, p. 974, n° 196.

5. Elle peut cependant procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 CMF (art. L. 227-2 nouv.).

6. Le garde des Sceaux a indiqué, pour justifier cette interdiction, que la SAS, à l'inverse de la SA, comporte peu de dispositions protégeant l'exercice par les actionnaires de leurs prérogatives, *R. M. JO déb. Sénat*, 6 janv. 2000, p. 58.

7. *R.M. JO déb. Sénat*, 3 janv. 2008, p. 38 ; P. Mudet, *Bull. Joly* 2008, p. 550, n° 118 ; *RTD com.* 2008, p. 369, P. Le Cannu et B. Dondero. Cf. L. Godon, *SAS et obligation triennale de se prononcer sur un projet d'augmentation de capital réservée aux salariés*, *Bull. Joly* 2009, p. 716, n° 146.

§ 2. La création par transformation d'une société existante

595-6 Transformation en SAS ¹ ◇ Une société déjà existante peut être transformée en SAS. Cette transformation, dès lors qu'elle est régulière, n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle (art. L. 210-6, al. 1). La décision de transformation doit être prise à l'unanimité des associés, et pas seulement des présents et représentés à l'assemblée générale (art. L. 227-3) ². Il est quelquefois difficile de recueillir cette unanimité, en particulier dans les sociétés anonymes (actionnaire impossible à retrouver ³, minoritaire refusant la transformation). Certains juges, peut-être sensibles à ces difficultés, ont admis qu'une société anonyme pouvait être absorbée par une SAS à la suite d'une décision de fusion adoptée à la majorité des deux tiers, dès lors que l'opération n'entraînait pas une augmentation des engagements pour les actionnaires et n'était pas entachée de fraude ⁴. Mais cette position a été censurée par la Cour de cassation, qui exige l'unanimité ⁵.

Le plus souvent, c'est une société anonyme qui se transformera en SAS. Dans ce cas, la société doit avoir au moins deux ans d'existence, le bilan de ses deux premiers exercices doit avoir été approuvé et un rapport du commissaire aux comptes attestant que les capitaux propres sont au moins égaux au capital social doit être établi (art. L. 225-243 à L. 225-245). La loi de sécurité financière est venue préciser que ce n'est que dans le cas où la société qui se transforme en société par actions (SAS) n'a pas de commissaire aux comptes qu'il convient de faire intervenir un commissaire à la transformation (art. L. 224-3, al. 1^{er}) ⁶.

1. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2005, p. 509.

2. Versailles 24 févr. 2005, *JCP E* 2005, 1046, n° 6, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2005, n° 94, J. P. Legros ; D. Bert et T. Lakhdari, *La mise en œuvre de la règle de l'unanimité en droit des sociétés*, D. 2005, p. 1853.

3. B. Losfeld, *Le sort des actions délaissées*, *Bull. Joly* 2004, p. 1323, n° 266.

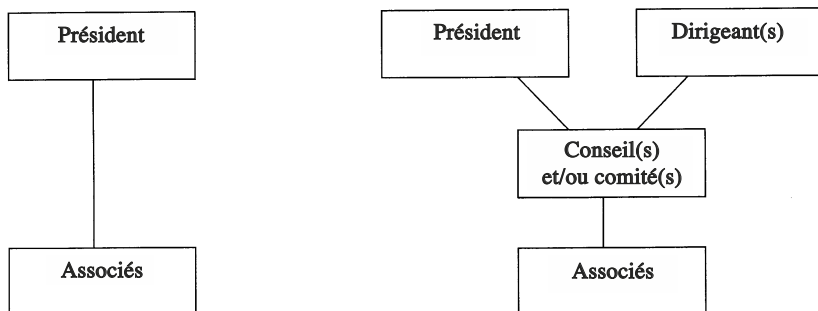
4. Versailles 27 janv. 2005, D. 2005, p. 716, A. Lienhard ; *JCP E* 2005, 1046, n° 7, J. J. Causain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *RTD com.* 2005, p. 361, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2005, n° 136, H. Hovasse. Dans le même sens, C. Gavoty et P. Ullmann, *L'absorption par une SAS exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ?* *Bull. Joly* 2001, p. 831, n° 177. Comp. P. Le Cannu, *De la S. A. à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité ?* *Bull. Joly* 2005, p. 557, n° 127.

5. Com. 19 déc. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 507, n° 130, A. Couret ; *Rev. sociétés* 2007, p. 93, P. Le Cannu ; *JCP E* 2007, 1192, A. Viandier ; D. 2007, p. 630, L. Godon ; *RJDA* n° 3-2007, p. 227, rapport V. Michel-Amsellem ; *JCP E* 2007, 1877, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

6. Cette nouvelle rédaction du texte met fin aux difficultés antérieures, cf. A. Charvériat et A. Couret, *SAS, Dossiers pratiques Francis Lefebvre* 2001, n° 612 ; R. M. JO déb. Sénat 28 mars 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 645, n° 144 ; *RTD com.* 2002, p. 310, Cl. Champaud et D. Danet ; F. Paponnaud, *Dr. sociétés* mai 2004, chr. 6. Seul le rapport du commissaire aux comptes prévu à l'art. L. 225-244 C. com. doit être établi et son dépôt au greffe n'est pas prescrit par l'art. R. 123-105 C. com. Cass. com. 8 avril 2008, D. 2008, p. 1200, A. Lienhard ; *JCP E* 2008, 1783, H. Hovasse ; *Bull. CNCC* n° 150-2008, p. 261, Ph. Merle.

SECTION 2. L'ORGANISATION DE LA SAS

Le principe étant celui de la liberté quant à l'organisation de la SAS, il convient de se référer systématiquement aux **statuts** pour connaître la structure et le fonctionnement du pouvoir dans la société¹. Il n'y a pas d'organisation légale des pouvoirs comme dans la société anonyme. Les schémas peuvent être très variés, très simples avec le président, seul organe obligatoire, ou plus sophistiqués avec le président et un ou plusieurs dirigeants et un ou plusieurs organes intermédiaires (conseils ou comités).



§ 1. La direction de la SAS

595-7 Les dirigeants² ◇ Selon l'article L. 227-5, c'est aux statuts qu'il appartient de fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée. Les associés disposent donc d'une très grande liberté, sous réserve que soit désigné un président pour représenter la société à l'égard des tiers (art. L. 227-6, *infra*, n° 595-8).

La société peut être dirigée par une seule personne, le président, ou par un ou plusieurs organes collégiaux (conseil d'administration, directoire, conseil de surveillance, comités...). Le nombre de dirigeants de chacun de ces organes, le mode de fonctionnement (convocation, quorum, vote) est fixé par les statuts.

Les conditions d'accès aux fonctions dirigeantes sont librement fixées. On pourra prévoir qu'il faut être actionnaire ou non, avoir des compétences techniques particulières ; qu'il est possible de cumuler ces fonctions avec un

1. G. Baudeau, *La SAS : pratiques statutaires*, in *Les Petites Affiches*, préc. 9 avr. 1997, p. 10.

2. P. Le Cannu, *Les dirigeants de la SAS Rev. sociétés*, 1994, p. 239 ; P.L. Perrin, *Comment maîtriser le statut des dirigeants et des associés de la SAS ? Dr. sociétés* 1994, Chron. 8 ; *Structures de direction et principes de management dans les SAS : quelques avancées et un recul*, *D. aff.* 1996, p. 109 ; *Que recouvre la notion de dirigeant de SAS ? BRDA* n° 24-2007, p. 15. Sur la nomination de dirigeants étrangers, cf. A. Theimer in *JCP E* 2002, p. 604, n° 589.

contrat de travail ou non. La plus grande liberté est laissée quant à l'existence d'une rémunération et aux modalités de sa détermination.

Si une personne morale est nommée dirigeant de la SAS, son représentant peut être son représentant légal ou une personne spécialement habilitée pour la représenter. La loi n'oblige pas à désigner un représentant permanent comme dans les sociétés anonymes.

La durée des fonctions des dirigeants et les conditions de cessation de leurs fonctions sont également fixées par les statuts ¹, qui pourront prévoir, par exemple, que la révocation n'est possible que pour justes motifs ou qu'elle pourra intervenir *ad nutum*, qu'elle pourra être accompagnée du versement d'une indemnité (« parachute doré ») ².

Les dirigeants de la SAS, si ce n'est le président, ne disposent d'aucun pouvoir conféré par la loi. Leurs pouvoirs ne peuvent donc résulter que des statuts, d'une décision collective des associés ou d'une délégation consentie par le président. C'est là une source de très grande insécurité pour les tiers.

595-8 Le Président ³ ◇ Seul organe obligatoire de la SAS, le président peut être une personne physique ou une personne morale (art. L. 227-7), ce qui n'est pas permis dans les sociétés anonymes (*supra*, n° 418). Le président est désigné dans les conditions prévues par les statuts, qui peuvent prévoir qu'il doit être associé ou non (art. L. 227-6, al. 1). Comme pour les dirigeants, les modalités de sa désignation sont totalement libres (unanimité des associés, majorité renforcée ou simple, nomination automatique de l'associé majoritaire, présidence tournante...). Il appartient également aux statuts de déterminer les conditions dans lesquelles le président peut bénéficier d'un contrat de travail, peut être révoqué de ses fonctions ⁴. Ils peuvent par exemple

1. Toulouse, 22 janv. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 479, n° 103, P. L. Périn (application d'une clause d'incident de séance).

2. Paris 28 sept. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1253, n° 271, B. Saintourens (absence de publicité désobligeante, respect du contradictoire lors de la révocation du président).

3. Le régime fiscal du président de la SAS est aligné sur celui du président du conseil d'administration de la SA : CE 1^{er} mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 797, § 160, obs. J.-C. Parot ; DA 5 H-131, n° 7 ; lettre ministérielle du 17 mars 1995, *JCP E* 1996, I, 538, n° 3. Sur les conditions d'exonération d'ISF (*supra* n° 420), au titre des biens professionnels, des actions détenues par les dirigeants de SAS, R.M. JO déb. AN 13 nov. 2000, p. 6466 ; *JCP E*, 23 nov. 2000, p. 1833 : bénéficient de l'exonération les titres détenus par tous les dirigeants de SAS qui exercent des fonctions dont l'étendue est équivalente à celles exercées par les dirigeants de SA. J. Paillusseau, *Les dirigeants de SAS et l'ISF*, *JCP E* 2000, p. 1925 (sur le cas particulier du directeur général, *infra* n° 595-8-1). Les présidents et autres dirigeants de SAS sont obligatoirement affiliés au régime général de la sécurité sociale quelle que soit leur part dans le capital social (art. L. 311-3, 22° CSS). L. Nurit-Pontier, *Le statut social des dirigeants de sociétés*, *JCP E* 2002, n° 221.

4. La jurisprudence semble moins exigeante sur le respect du contradictoire ; cf. par ex. Versailles 5 juin 2003, *Bull. Joly* 2003, n° 235, p. 1131, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 2004, p. 108, L. Godon ; *Dr. sociétés* 2004, n° 29, J. Monnet ; *JCP E* 2004, 29, n° 5, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *RTD com.* 2004, p. 97, Cl. Champaud et D. Danet (considérant que la révocation n'était pas abusive, alors pourtant que le contradictoire n'avait pas été respecté) ; Paris 4 avr. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1055, n° 215, P. L. Périn ; *RTD com.* 2006, p. 849, Cl. Champaud et D. Danet et

prévoir l'octroi de dommages-intérêts si la révocation intervient sans juste motif ¹.

Les **pouvoirs** du président de la SAS sont calqués, dans l'ordre externe, sur ceux du directeur général de la société anonyme (ou du PDG s'il n'y a pas de dissociation des pouvoirs) : le président, qui représente légalement la société à l'égard des tiers (art. L. 227-6), est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société dans la limite de l'objet social ².

Le président peut également consentir, en dehors des statuts, à un dirigeant de la SAS ou à un tiers, une délégation de pouvoirs, temporaire et limitée dans son objet, qui ne peut cependant pas englober le pouvoir de représentation ³. Les statuts peuvent aussi prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de **directeur général** ou de **directeur général délégué**, peuvent exercer les pouvoirs confiés par la loi à ce dernier (art. L. 227-6 al. 3 ; *infra*, n° 595-8-1).

Dans les **rapports avec les tiers**, la SAS est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Les dispositions statutaires qui limiteraient les pouvoirs du président seraient inopposables aux tiers (*cf.* art. L. 227-6) ⁴.

595-8-1 Le Directeur général. Le Directeur général délégué ◇ La Cour de cassation avait jugé qu'il « *résulte des dispositions de l'article L. 227-6 du Code de commerce que la société par actions simplifiée est représentée, à l'égard des tiers, par son seul président* » ⁵. Pour mettre fin aux interprétations divergentes

p. 863, P. Le Cannu ; *JCP E* 2007, 1877, n° 6, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (révocation brutale et intempestive d'un président de SASU).

1. Sur l'impossibilité d'indemniser le préjudice par une somme forfaitaire, *Com.* 23 oct. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 197, n° 43, S. Messaï-Bahri ; Paris 16 mai 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 145, J. Monnet.

2. Si le président est frappé d'une interdiction de gérer, la société doit être représentée par un mandataire *ad hoc*, *Com.* 7 nov. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 255, n° 51, F. X. Lucas.

3. *R. M. JO déb. A. N.* 30 mars 2004, p. 2687 ; *Bull. Joly* 2004, p. 582, n° 112 ; *Com.* 26 févr. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 754, n° 161, B. Dondero (les tiers ne peuvent invoquer les statuts pour critiquer la régularité de la désignation du représentant de la société en vue de contester le pouvoir d'agir de celui-ci).

4. Paris 12 juin 2007, *JCP E* 2007, 2312, Th. Bonneau ; *RTD com.* 2007, p. 789, P. Le Cannu et B. Dondero et sur pourvoi, *Com.* 4 nov. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 382, n° 75, P. Le Cannu (opposabilité des statuts de la SAS à ses dirigeants par un tiers).

5. *Com.* 2 juill. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 967, n° 215, A. Couret ; *D.* 2002, p. 2263, A. Lienhard ; *JCP E*, 2002, n° 1639, § 7, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker et 1844, B. Dondero ; *Dr. sociétés* 2002, n° 179, J. Monnet ; *RTD com.* 2002, p. 688, J. P. Chazal et Y. Reinhard. *Cf. biblio. thématique in Rev. sociétés* 2003, p. 178. Sur les *statuts fiscal et social* du directeur général, *supra* n° 595-8. Plus particulièrement quant à sa qualité de dirigeant au regard de l'ISF, *R. M. JO AN* 17 juill. 2003, *RTD com.* 2004, p. 176, obs. Fl. Deboissy (incidence de l'art. L. 227-6) ; J.-C. Parot,

quant à la portée de cette décision, la loi de sécurité financière a décidé que les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de **directeur général** ou de **directeur général délégué**, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par l'article L. 227-6 (cf. al. 3) ¹. Les statuts doivent alors préciser avec soin les pouvoirs qui leur sont conférés et les formalités de publicité effectuées pour qu'ils soient opposables aux tiers ². Bien que la loi ne le précise pas, les clauses statutaires qui limiteraient le pouvoir de représentation du directeur général ou du directeur général délégué devraient être inopposables aux tiers ³.

Lorsque les statuts instaurent un **organe collégial de direction**, ils doivent définir l'étendue de ses pouvoirs, par exemple, quant à la nomination et la révocation du président et des autres dirigeants, quant à l'autorisation des conventions réglementées...

595-9 Responsabilités ⁴ ◇ Les responsabilités du président et des dirigeants de la SAS sont celles des administrateurs et des membres du directoire de la société anonyme (art. L. 227-8). Si une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une SAS, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent la même responsabilité civile que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent (art. L. 227-7) ⁵. Les infractions prévues par les articles L. 242-1 à 242-6, L. 242-8 à 242-29 pour les sociétés anonymes s'appliquent également aux SAS et les peines prévues pour les dirigeants des SA sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée (art. L. 244-1).

§ 2. Les décisions collectives

Ici encore, la primauté est donnée aux statuts qui déterminent les décisions qui doivent obligatoirement être soumises à la collectivité des associés ⁶, les formes et conditions dans lesquelles elles sont prises (art. L. 227-9,

Qualité de dirigeant du directeur général de SAS et exonération de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), Bull. Joly 2004, p. 310, § 61.

1. P. L. Périn, *Direction et représentation de la SAS : état des lieux après la loi de sécurité financière*, JCP E 2004, 332.

2. Com. 3 juin 2008, Bull. Joly 2008, p. 876, n° 186, P. Le Cannu (statuts mis à jour et déposés au greffe) ; Versailles 25 juin 2008, Rev. sociétés 2008, p. 912, I. Urbain-Parléani (mention au RCS).

3. En ce sens égal. ANSA, comité juridique 3 déc. 2003.

4. P. Roux, *La responsabilité du Président dans la SAS*, Bull. Joly 1996, p. 905, n° 328 ; H. Aubry, *La responsabilité des dirigeants dans la SAS*, Rev. sociétés 2005, p. 793.

5. Sur la non responsabilité pénale des dirigeants personnes morales, J. Paillusseau, D. aff. 2001, p. 221.

6. L. Godon, *La condition juridique de l'associé*, Bull. Joly 2008, p. 239, n° 55.

al. 1) . L'information destinée aux associés doit être également organisée dans le pacte social ¹.

595-10 Modalités de consultation ◇ Les statuts peuvent prévoir plusieurs modes de consultation : réunion en assemblée ², vote par correspondance, recours à la télécopie, à *Internet*, signature d'un acte. Ils doivent prévoir une réglementation sur le vote par procuration, préciser les éléments d'information adressés ou mis à la disposition des associés ³. Le principe de proportionnalité des droits de vote à la quotité de capital représentée par les actions ne s'impose pas et rien n'interdit de créer des **actions à vote multiple**. Un droit de veto peut être accordé à tel ou tel associé.

La création des actions de préférence par l'ordonnance du 24 juin 2004 (*supra*, n° 289 s.) offre désormais de nombreuses possibilités dans les sociétés anonymes. Il n'en demeure pas moins que la SAS présente l'avantage de permettre la création d'actions à vote multiple, alors que la SA est limitée aux actions à vote double (*supra*, n° 309) ⁴.

Si le principe est celui de la liberté (art. L. 227-9, al. 1) ⁵, la loi impose cependant que certaines décisions importantes soient prises par la collectivité des associés (alinéa 2). Tel est le cas pour les opérations portant sur le capital social (augmentation, réduction, amortissement), les opérations de fusion ⁶, scission, apport partiel d'actif, la dissolution, la transformation en une société d'une autre forme, la nomination des commissaires aux comptes, les décisions relatives aux comptes annuels ⁷ et aux

1. P.L. Perrin, *L'information des associés des SAS*, D. aff. 1997, p. 1060. La loi de modernisation de l'économie a supprimé l'obligation, qui était totalement inadaptée à la SAS, d'informer les associés dans les quinze jours qui suivent l'AGO sur le nombre de droits de vote existants (cf. art. L. 227-1, al. 3 nouv. excluant l'application de l'art. L. 233-8, I).

2. Lorsque les statuts prévoient la tenue d'assemblées, le comité d'entreprise peut, depuis la loi NRE, demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et requérir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour. Deux membres du comité d'entreprise peuvent également assister à ces assemblées et ils doivent, à leur demande, être entendus lors de toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés, situation plus fréquente que dans les SA. Si les statuts ne retiennent pas la consultation des associés en assemblée, ils doivent organiser les modalités selon lesquelles les délégués du C.E. pourront exercer ces droits et, en particulier, préciser auprès de quel organe les exercer (art. L. 2323-66 C. trav. ; art. L. 227-19). Cf. A. Theimer, *Les nouvelles prérogatives du comité d'entreprise lors de la prise de décisions collectives dans les SAS*, JCP E 2008, 2476.

3. Sur les difficultés causées par des statuts laconiques quant aux modalités de convocation de l'assemblée, Paris 18 juin 2008, BRDA n° 23-2008, p. 2.

4. G. de Ternay, préc. *SAS et actions de préférence : modus operandi*, JCP E 2005, 568.

5. Sur *L'usufruit et la nue-propriété dans la SAS*, cf. S. Castagne, *Dr. sociétés* avr. 1996, n° 6.

6. C. Gavoty et P. Ulmann, *L'absorption par une SAS exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ?* Bull. Joly 2001, p. 831, n° 177.

7. Cf. in BRDA n° 6-2003, p. 10, SAS : Obligations liées à l'approbation des comptes ; S. de Vendeuil, *Approbation des comptes des SAS*, JCP E 2004, 972.

bénéfices ¹. Il convient évidemment de se reporter aux statuts pour savoir quelles sont les conditions de quorum ² et de majorité applicables, puisque, par hypothèse, elles varient d'une SAS à l'autre.

En outre, l'adoption ou la modification de certaines clauses statutaires touchant à la stabilité de l'actionnariat sont soumises par la loi à la règle de l'unanimité (art. L. 227-19). Tel est le cas des modifications statutaires relatives à l'inaliénabilité des actions, à l'agrément des cessions d'actions, à l'exclusion d'un actionnaire, à la suspension des droits de vote ou à l'exclusion d'un associé dont le contrôle est modifié (*infra*, n° 595-13 et s.).

§ 3. Les contrôles dans la SAS

Le contrôle est, suivant le droit commun, exercé par les associés lorsqu'ils statuent sur les comptes de l'exercice écoulé. La loi laisse toute liberté aux statuts pour mettre en place ou non un organe de surveillance. Pour le reste, on retrouve dans la SAS les mécanismes de contrôle classiques.

595-11 Commissaire aux comptes ³ ◇ Jusqu'à la loi de modernisation de l'économie (LME) la SAS était obligatoirement soumise au contrôle d'un commissaire aux comptes quelle que soit sa taille, ou de deux en cas de publication de comptes consolidés.

La loi nouvelle, s'inspirant des dispositions en vigueur dans les SARL et afin d'éviter tout frein financier à la constitution des SAS a décidé que depuis le 1^{er} janvier 2009 la désignation d'un ou plusieurs commissaires aux comptes est une **simple faculté** offerte aux associés, sauf en cas de franchissement de certains seuils fixés par décret ⁴. L'obligation de désigner un contrôleur légal des comptes est également prévue pour les SAS qui contrôlent, au sens des II et III de l'article L. 233-16, une ou plusieurs sociétés, ou qui sont contrôlées, au sens des mêmes II et III, par une ou plusieurs sociétés. Même si ces conditions ne sont pas atteintes, la nomination d'un commissaire peut être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital (cf. art. L. 227-9-1 nouv.) ⁵.

1. Le fait pour un président ou un dirigeant de SAS de ne pas consulter les associés n'est plus passible de sanctions pénales lorsque l'absence de consultation peut être réparée civilement à la demande des associés (art. L. 244-2 al. 2, par ex. la nomination du commissaire aux comptes).

2. Sur les conséquences d'une mauvaise rédaction des statuts quant au calcul du quorum dans une SELAS, Com. 5 mai 2009, D. 2009, p. 1355.

3. Th. Granier, *Le commissaire aux comptes dans la SAS*, Bull. Joly 2008, p. 252, n° 57 ; Cl. Jasson et D. Amrani, *Le commissaire aux comptes face à l'arrêté et l'approbation des comptes annuels dans une SAS*, Bull. Joly 2004, p. 898, n° 184.

4. L'article R. 227-1, créé par le D. du 25 février 2009, a précisé que la nomination d'un commissaire aux comptes n'est obligatoire que si la SAS dépasse deux des trois seuils suivants : 2 millions de chiffre d'affaires hors taxe, 1 million de total de bilan et 20 salariés.

5. Le commissaire est désigné par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés (art. R. 227-1 al. 4 nouv.).

Les commissaires sont désignés par une décision collective des associés (art. L. 227-9). Les règles applicables aux commissaires exerçant dans les sociétés anonymes sont transposables à la SAS (art. L. 227-1, al. 3 et L. 820-1) ¹. Les sanctions pénales attachées à certaines infractions commises par les commissaires aux comptes sont applicables aux commissaires de la SAS (art. L. 244-1, al. 3).

Tel est le cas lorsque sont données ou confirmées des indications inexactes dans les rapports portant sur la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires (art. L. 242-20) ; lorsque sont acceptées, exercées ou conservées des fonctions de commissaires aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales (art. L. 820-6) ou encore lorsque sont données ou confirmées des informations mensongères sur la situation de la société ou ne sont pas révélés les faits délictueux au procureur de la République (art. L. 820-7).

595-12 Conventions entre la société et ses dirigeants ◇ Les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président, ses dirigeants ou désormais l'un de ses associés disposant de plus de 10 % des droits de vote ou la société contrôlant un tel associé, doivent être soumises au contrôle des associés ². La loi ne prévoit pas, comme dans la société anonyme, une autorisation préalable et il convient donc d'organiser dans les statuts les modalités d'information du commissaire aux comptes sur l'existence de ces conventions. En effet, le commissaire, ou s'il n'en a pas été désigné, le président de la société, doit présenter aux associés un rapport sur lequel ceux-ci statuent ³. Ce rapport doit contenir les différentes indications prévues par l'article R. 225-31. Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société (cf. art. L. 227-10 nouv.).

En ce qui concerne les **conventions portant sur des opérations courantes** et conclues à des conditions normales, elles sont communiquées au commissaire aux comptes et tout associé peut en obtenir communication, sauf lorsqu'en raison de leur objet ou de leurs implications financières, elles ne sont significatives pour aucune des parties (art. L. 227-11) ⁴. Cette communication aux associés, instaurée par la loi NRE au nom de la transparence, et qui n'existe pas dans les SA, est surprenante. Pour les conventions « sensibles », le secret des affaires devrait pouvoir être opposé au demandeur.

1. Sur l'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS, cf. J. Paillusseau, JCP E 2000, p. 1697.

2. Cf. P. Le Cannu, RTD com. 2005, p. 779.

3. R. M. JO déb. A. N. 5 avr. 2005, p. 3542 ; Bull. Joly 2005, p. 544, n° 122 (obligation de rapport que pour les conventions passées au cours de l'exercice).

4. Probablement par suite d'une erreur des auteurs de la loi NRE, le nouvel article L. 227-11 ne prévoit plus que les dispositions de l'article L. 227-10 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. Nous pensons toutefois que la solution ancienne doit être maintenue.

Quant aux interdictions prévues à l'article L. 225-43, elles s'appliquent au président et aux dirigeants de la SAS (art. L. 227-12) ¹.

595-13 Autres mesures ◇ Comme dans les sociétés anonymes, il est possible de demander la nomination d'un expert de gestion (art. L. 225-231 ; sur renvoi de l'art. L. 227-1, al. 3) ². Les statuts doivent par ailleurs préciser l'organe social auprès duquel les délégués du comité d'entreprise exercent leurs droits à l'information (art. L. 2323-66 C. trav.). Cet organe peut être le président de la SAS ³.

SECTION 3. L'ACTIONNARIAT DE LA SAS

La loi du 3 janvier 1994 a introduit des dispositions très novatrices qui devraient permettre aux associés de la SAS de limiter le recours aux **pactes d'actionnaires** dont la validité est quelquefois douteuse et l'efficacité souvent incertaine (*supra*, n° 58), mais qui demeurent intéressants pour la confidentialité qu'ils procurent ⁴. La cohésion de l'actionnariat peut ainsi être sérieusement renforcée.

595-14 Clauses d'inaliénabilité ⁵ ◇ Les statuts peuvent prévoir l'inaliénabilité de toutes les actions ou de certaines d'entre elles pour une durée n'excédant pas dix ans (art. L. 227-13). Cette clause permet de constituer des noyaux stables, ce qui peut être particulièrement utile lorsque la société se lance dans des programmes d'investissements lourds. Toute cession effectuée en violation de la clause d'inaliénabilité est nulle (art. L. 227-15), ce qui est une sanction évidemment plus efficace que les dommages-intérêts alloués en cas de non-respect d'un pacte d'actionnaires.

595-15 Clauses d'agrément ◇ Les statuts peuvent également soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société (art. L. 227-14). Sont donc permises dans la SAS les clauses d'agrément pour les cessions intervenant même entre actionnaires, ce qui est également permis dans les SA depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 (*supra*, n° 321). Il est ainsi possible

1. Ces interdictions ne s'appliquent donc pas aux associés ou à l'associé unique qui n'occupent pas de telles fonctions.

2. Paris 2 juill. 2008, *JCP E* 2008, 2213.

3. Cf. J. Barthélémy, *SAS et droit social*, *JCP E* 2000, p. 1702.

4. B. Dondero, *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires : questions et confrontations*, *Bull. Joly* 2008, p. 245, n° 56 ; J. Stoufflet, *Aménagements statutaires et actionnariat de la SAS*, *Rev. sociétés* 2000, p. 241 ; Ph. Brunswick, *SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires ?* D. aff. 2000, Chron. 595. Sur le pacte d'actionnaires, source de responsabilité délictuelle, Com. 18 déc. 2007, *JCP E* 2008, 1516, R. Mortier ; *Dr. sociétés* 2008, n° 55, H. Hovasse.

5. J. F. Barbiéri, *L'inaliénabilité affectant les droits sociaux*, *Bull. Joly* 2008, p. 450, n° 96.

d'assurer aisément et efficacement l'équilibre entre les sociétés fondatrices de la SAS. Les statuts doivent préciser l'organe compétent pour statuer sur l'agrément ¹. Ici encore, la cession effectuée en violation de la clause d'agrément serait nulle (art. L. 227-15).

595-16 Changement de contrôle ◇ Afin de renforcer l'*intuitus personae*, les statuts peuvent prévoir que tout changement intervenant dans le contrôle d'une société associée entraîne pour celle-ci l'obligation d'en informer la SAS. Le contrôle est celui défini par l'article L. 233-3 (direct, indirect, action de concert ²). Peu importe l'opération qui a entraîné le changement de contrôle (cession, fusion, augmentation de capital, modification dans les droits de vote double...). La société peut alors, en application des dispositions statutaires, suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et l'exclure. Ces dispositions s'appliquent dans les mêmes conditions à l'associé qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution (art. L. 227-17).

595-17 Clauses d'exclusion ³ ◇ Sont également déclarées valables les clauses d'exclusion, puisqu'aux termes de l'article L. 227-16, un associé peut être tenu, dans les conditions fixées par les statuts, de céder ses actions et de quitter la société. De la même façon, peut être également prévue la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant qu'il n'a pas procédé à la cession. Il convient de déterminer dans le pacte social les causes d'exclusion (mésentente, faute de gestion...) et ses modalités (organe compétent pour prononcer l'exclusion, exercice des droits de la défense par l'associé concerné, conditions du vote...). Cette clause peut être très utile pour mettre fin à une situation de blocage et éviter la dissolution de la société.

La Cour de cassation a décidé, dans un arrêt discuté par la doctrine, à propos du **droit de vote** de l'associé dont l'exclusion est envisagée, que selon l'article 1844, al. 1^{er} C. civ., « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi » et que si, aux termes de l'article L. 227-16 C. com. « les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition » ⁴.

1. Sur les problèmes de conciliation avec l'article L. 228-24, cf. M. Germain, préc. JCP E 1994, n° 30 et s.

2. Cf. P. Le Cannu et H. Brandford-Griffith, *Société par actions simplifiée et action de concert*, Joly Bourse 1994, p. 225.

3. Bibliographie thématique par B. Lecourt, *Rev. sociétés* 2008, p. 941 ; P.L. Perrin, préc., *Dr. sociétés* 1994, Chron. 8.

4. Com. 23 oct. 2007, JCP E 2007, 2433, A. Viandier et 2008, 1280, n° 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; JCP G. 2008, D. Bureau ; D. 2008, p. 47, Y. Paclot ; *Bull. Joly* 2008, p. 101, n° 23, D. Schmidt ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 814, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2007, n° 219, H. Hovasse ;

Si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions, ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé par expert dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil. Ce dispositif joue également en matière d'agrément. Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler (art. L. 227-18).

SECTION 4. LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE UNIPERSONNELLE (SASU)

595-18 *Caractéristiques* ◇ Ce n'est que depuis la loi du 12 juillet 1999 que la SAS peut ne comprendre qu'un associé unique, personne physique ou personne morale (art. L. 227-1, al. 2) ¹. La société ne change pas pour autant de forme, elle demeure une SAS, comme l'EURL est une SARL (*supra*, n° 231 s.). Une SAS peut donc se constituer avec un seul associé ² ou devenir unipersonnelle et redevenir par la suite pluripersonnelle. Depuis la loi sur la modernisation de l'économie (LME), la désignation d'un commissaire aux comptes n'est plus obligatoire pour les « petites SASU » (art. L. 227-9-1 nouv.).

La constitution d'une telle société est intéressante dans les groupes de sociétés où l'on peut ainsi créer des filiales à 100 %, avec un capital social d'un seul euro, en évitant le formalisme et la lourdeur des sociétés anonymes à sept actionnaires. La SAS unipersonnelle peut être également plus avantageuse pour les entrepreneurs individuels que l'EURL. Elle offre en effet une grande liberté statutaire d'organisations et les droits d'enregistrement sont plus faibles pour les cessions d'actions que pour les cessions de parts sociales, ce qui peut faciliter la transmission de l'entreprise ³.

Cependant, la SASU peut présenter certains inconvénients. La limitation de responsabilité de l'associé unique est théorique, dans la mesure où le banquier de la société exige le plus souvent des garanties personnelles. De plus, si la société dépose son bilan, l'associé n'est pas à l'abri d'une action destinée à lui faire supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif (*supra*,

RJDA 2008, p. 3, J. Ph. Dom ; p. 9, rapport B. Petit ; R. Kaddouch, *L'irréductible droit de vote de l'associé*, JCP E 2008, 1549 ; J. Paillusseau, *La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote*, D. 2008, p. 1563 ; A. V. Le Fur, « Concilier l'inconciliable » : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire, D. 2008, p. 2015. V. égal. *supra*, n° 306.

1. Au 1^{er} juill. 2002, sur les 69189 SAS recensées par l'INSEE, on dénombrait 2873 SASU, L. Rouzeau, *Evolution statistique de la SAS*, Bull. Joly 2002, p. 1263, n° 269. Compar. les chiffres donnés par P. Serlooten et alii in *Les sociétés unipersonnelles*, Joly éd., 2008, n° 6.

2. Depuis le décret du 9 mai 2007, dans sa demande d'immatriculation, la société doit déclarer le fait qu'elle est constituée d'un associé unique (art. R. 123-53, 2°).

3. V. Tandeau de Marsac, *La SAS outil de transmission d'entreprise ?* Bull. Joly 1999, p. 28, n° 2. V. égal., P.H. Conac, Bull. Joly 1999, p. 607, n° 133. L'avantage fiscal perdue en grande partie, malgré le lissage des droits d'enregistrement à 3 %, compte tenu du plafonnement à 5 000 € concernant les seules actions (*supra*, n° 4).

n° 235). En cas de dissolution de la SASU, la totalité des dettes sociales est à la charge de l'associé unique, sauf, depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques, s'il est une personne physique (*infra*, n° 595-20).

595-19 Particularités de constitution et de fonctionnement ◇ Lorsque l'associé unique est une personne physique qui assume personnellement la présidence, la SAS est soumise à des **formalités de publicité allégées**, dispensant notamment de toute insertion au BODACC, qui sont déterminées par décret (art. L. 227-1 nouv.).

L'associé unique, qu'il soit une personne physique ou une personne morale, exerce tous les pouvoirs dévolus à la collectivité des associés dans la SAS (art. L. 227-1, al. 2). Il doit donc se prononcer sous forme de décisions unilatérales pour désigner le président de la société, nommer le commissaire aux comptes, approuver les comptes, augmenter le capital social... L'associé unique doit prendre personnellement ses décisions. Il ne peut pas déléguer ses pouvoirs ¹. Toutes ses décisions sont répertoriées dans un registre (art. L. 227-9, al. 3).

Tous les ans, le président de la SASU ², qu'il soit ou non l'associé unique, doit arrêter le rapport de gestion, les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés, sous peine de sanctions pénales (art. L. 227-9, al. 3 ; L. 244-1 et L. 242-8) ³.

Les **conventions** conclues directement ou par personne interposée entre la SASU et son président (ou l'un de ses dirigeants) ⁴ ne font pas l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes ou du président s'il n'y a pas de commissaire. Elles sont seulement mentionnées sur le registre des décisions (art. L. 227-10, al. 4) ⁵.

Dans un souci de simplification, le législateur a écarté le jeu des articles L. 227-13 à L. 227-19 qui autorisent certaines restrictions statutaires (inaliénabilité des actions, clause d'agrément, clause d'exclusion... ; cf. art.

1. Toutefois, rien n'interdit au président de la SASU, ès-qualités, de déléguer certains de ses pouvoirs, en dehors de celui de représentation de la société dont il a le monopole.

2. Une incertitude demeure sur le régime fiscal des rémunérations versées aux dirigeants de la SASU. On s'accorde à penser que leur régime est identique à celui du président et des dirigeants de SA.

3. Lorsque l'associé unique assume personnellement la présidence, le dépôt, dans le même délai, au RCS de l'inventaire et des comptes annuels dûment signés vaut approbation des comptes sans que l'associé unique ait à porter au registre le récépissé délivré par le greffe (art. L. 227-9 *in fine* nouv.). Le rapport de gestion doit cependant être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande (art. L. 232-23, I, *in fine*, nouv.).

4. Sur les conventions passées entre la SAS et son associé unique non dirigeant, cf. ANSA n° 3169, 11 sept. 2002, BRDA n° 2-2003, p. 3.

5. La loi n'indique pas si l'associé unique doit se prononcer sur la convention. Cf. Ch. Goyet, *Toujours plus simple... Remarques sur la réglementation des conventions de la SAS unipersonnelle*. D. aff. n° 37-1999, p. III ; V. Médail et P. Vergnole, *La SASU : difficulté de mise en œuvre du contrôle des conventions réglementées*. JCP E 2000, p. 786 ; P.L. Périn, *Bull. Joly* 1999, p. 1143, n° 266. Une lettre du ministre de la justice du 22 déc. 2003 a précisé qu'une convention passée entre la société et son associé unique non dirigeant n'a pas à figurer sur le registre, BRDA n° 10 - 2004, p. 2.

L. 227-20). Ces dispositions n'ont en effet d'intérêt que si la société rassemble une pluralité d'associés.

595-20 *Dissolution de la SASU* ◇ On retrouve ici la même solution que celle que l'on connaît pour l'EURL (*supra*, n° 245) : la dissolution de la SASU n'entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique que s'il est une personne morale, laquelle doit alors prendre à sa charge la totalité des dettes de la société, comme un associé de société en nom collectif !

La même solution s'appliquait avant la loi NRE à l'associé unique personne physique. La jurisprudence ¹ décidait en effet qu'aucun choix n'était ouvert entre une dissolution suivie de liquidation et la dissolution entraînant la transmission de tout le passif social à l'associé unique. Pour ne pas se retrouver dans cette fâcheuse situation, l'associé unique devait, avant de prendre la décision de dissolution, soit être sûr que l'actif social était suffisant pour payer les dettes de la société, soit céder une action à un tiers afin que la société devienne pluripersonnelle ² et éviter ainsi l'inconvénient dû à une mauvaise rédaction des textes. On pouvait douter que le législateur ait voulu atteindre ce résultat lorsqu'il a institué l'EURL ³ et la SASU ⁴. La loi NRE du 15 mai 2001 (art. 103) est venue mettre un terme à cette situation préjudiciable en décidant qu'il n'y a pas de transmission universelle du patrimoine lorsque l'associé unique d'une SASU (ou d'une EURL) est une personne physique (cf. art. 1844-5, al. 4 C. civ.). La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser dans deux arrêts de principe du 12 juillet 2005 qu'il ne pouvait pas y avoir de transmission universelle du patrimoine à l'associé unique en cas de procédure collective ⁵.

1. Douai, 14 nov. 1996, JCP 1997, II, 22785, J.-J. Daigre ; *Rev. proc. coll.* 1998, p. 399, B. Soinne ; D. 1997, p. 312, F. Proal.

2. Sauf à ce qu'il soit jugé que l'opération constitue une fraude à la loi.

3. Douai, 14 nov. 1996, JCP E 1997, I, 639, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; et II, 925, J.-J. Daigre ; D. 1997, p. 312, F. Proal. Cf. égal. D. Vidal, *La transmission universelle du patrimoine d'une EURL à l'associé unique en cas de dissolution*, *Dr. sociétés*, févr. 1999, p. 3. Comp. pour une dissolution consécutive à une liquidation judiciaire, TGI Annecy, 7 juill. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 993, n° 233, F.X. Lucas ; Ph. Hoonakker, *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?* JCP E 2000, p. 933 ; Com. 4 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 516, n° 110, J.-J. Daigre.

4. Cf. *infra*, n° 595-20.

5. Solution donnée à propos d'EURL mais transposable à la SASU, cf. *supra* n° 245 *in fine*.

TITRE 4

**LA SOCIÉTÉ EN
PARTICIPATION.
LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT**

CHAPITRE 1

LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

596 Originalité ◇ La société en participation occupe une place particulière dans la mesure où, comme la société créée de fait (*infra*, n° 614), elle n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés ; elle n'est pas soumise à publicité ; elle n'a pas la personnalité morale (art. 1871 C. civ.) ¹. Elle n'existe que dans les rapports entre associés.

Malgré la discrétion, voire le mystère qui l'entoure, elle tient une place importante dans certains secteurs de la vie des affaires (*infra*, n° 601) tout en pouvant avoir un caractère civil. Elle peut être conçue pour vivre plusieurs années, ou pour ne durer que le temps d'une simple opération rapidement menée. Elle est généralement **occulte**, mais elle peut aussi désormais être révélée, voire **ostensible** ².

Une réponse ministérielle du 5 novembre 1981 ³ a indiqué que la société en participation « demeure fondamentalement un contrat qui n'a pas à être révélé aux tiers », la seule différence avec le régime antérieur à la loi du 4 janvier 1978 étant que « sa révélation ne paraît pas emporter de sanction spécifique ».

597 Évolution ◇ L'ancien Code de commerce dans ses articles 47 à 50 envisageait les « associations commerciales en participation ». La loi du 24 juin 1921 avait repris la même expression, tout en énonçant que « *les associations en participation sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers* » (art. 49 C. com.). Le texte était révélateur de l'embarras du législateur, mais, en réalité, il s'agit bien d'une société, avec la nécessité de l'*affectio societatis*, d'apports et d'un partage des bénéfices et des pertes ⁴. Cette particularité de la non révélation aux tiers a été reprise dans la loi du 24 juillet 1966 (art. 419 à 422) qui pour la première fois a adopté la qualification exacte ⁵ de « société en participation ». Mais le régime de la société n'était en rien modifié.

1. B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé ; contribution à la théorie de la personnalité morale*, P. U. Aix, 2006 (700 p.) ; C. Boutry, *L'absence de personnalité morale dans les sociétés*, JCP E 2001, p. 310. Cf. Versailles 28 oct. 1999, RJDA 2000, p. 46, n° 42. Elles ont cependant un « patrimoine fiscal » puisqu'elles doivent inscrire à leur actif les biens dont les associés ont convenu de mettre la propriété en commun (art. 238 bis M CGI).

2. V. sur le caractère nécessairement ostensible des associations d'avocats, J. J. Caussain, JCP E 2007, 1955 (art. 6 à 11 D. 15 mai 2007).

3. JO déb. Sénat, p. 2441 ; *Rev. sociétés* 1982, p. 192. Rapp. Y. Guyon, n° 518, pour qui l'organisation de la société en participation ne lui permet pas d'être véritablement ostensible.

4. Par ex. Com. 22 mai 1970, *Bull. civ. IV*, n° 167, p. 149 ; *Rev. sociétés* 1971, 66, B. Boulloc.

5. V. cependant J. Percerou, *La société en participation*, p. 77, in *Les Nouvelles techniques de concentration*, Colloque Montpellier, 1971, *Librairies Techniques*.

D'une toute autre ampleur a été la réforme opérée par la loi du 4 janvier 1978 (*supra*, n° 18) qui a abrogé les articles 419 à 422 de la loi de 1966 ¹. Désormais, la société en participation n'est *plus nécessairement occulte*. Il y a, en effet, société en participation dès lors que les associés ont décidé que la société ne sera pas immatriculée et ne jouira donc pas de la personnalité morale (art. 1871 al. 1 C. civ. et art. L. 210-6). Ainsi, à côté de la société en participation non révélée aux tiers (occulte), peut-il y avoir une société en participation (ostensible) dans laquelle les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers. Cette structure permet d'éviter de rejeter dans le « néant juridique » les groupements n'ayant pas procédé à leur immatriculation ².

Comme les sociétés en participation peuvent être civiles ou commerciales, le législateur a préféré faire figurer leur réglementation dans le Code civil (art. 1871 à 1873) plutôt que dans le Code de commerce ³.

598 Éléments caractéristiques ◇ a) La société en participation n'est soumise à aucune mesure de publicité, elle n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés et **n'a pas la personnalité morale** (art. 1871 al. 1 C. civ.). Elle n'a donc pas de patrimoine social, et, en principe, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société (art. 1872, al. 1 C. civ. ; v. cependant *infra*, n° 603). Elle ne peut pas être créancière ⁴ ou débitrice d'une obligation. La société ne peut pas non plus être tenue en tant que telle des actes passés par le gérant ⁵ ou par un associé, sauf révélation de la participation (*infra*, n° 611). Ne pouvant être en état de cessation des paiements, faute de patrimoine, elle ne peut ni bénéficier de la procédure de sauvegarde ni être mise en redressement ou en liquidation judiciaires ⁶. Elle ne peut pas agir en justice ⁷ ni faire l'objet d'une condamnation.

b) C'est une **société, civile ou commerciale**. Tout dépend de son objet. Le plus souvent, il est commercial, et, entre associés, sauf dispositions contraires, ce sont les dispositions de la société en nom collectif qui s'appliquent (art. 1871-1 C. civ.). S'il est civil (par ex. exploitation d'une ferme ou

1. Cf. Y. Chartier, *Remarques sur la société en participation*, RTD com. 1979, p. 637 ; J. Guyénot, *Le régime des sociétés en participation après la réforme des sociétés par la loi n° 78-9 du 4 janv. 1978, modifiant le titre IX du livre III du Code civil*, Gaz. Pal. 1978, II, doct. p. 386 ; *Régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les articles 1871 à 1873 du Code civil*, Gaz. Pal. 1979, II, doct. p. 620 ; M. Jeantin, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janv. 1978*, D. 1978, chron. 173, spéc. p. 186 s.

2. G. Ripert et R. Roblot, n° 1239. V. par ex. Com. 3 mai 1984, *Rev. sociétés* 1985, 87, Y. Chartier ; *Defrénois* 1984, art. 33428, J. Honorat.

3. F. Dekeuwer-Defossez, *L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? Les sociétés en participation*, RTD com. 1984, p. 569.

4. Com. 20 mai 2008, *Rev. sociétés* 2008, p. 620, B. Dondero ; JCP E 2008, 2234, R. Mortier.

5. Com. 22 avr. 1977, *Bull. civ. IV*, n° 110, p. 94.

6. Rappr. Com. 6 janv. 1987, *Rev. sociétés* 1987, p. 411, Y. Chaput. V. J. Cl. Hallouin, *Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, JCP N 1989, I, 178.

7. Versailles 24 janv. 2002, JCP E 2002, 748.

professions libérales en application des articles 22 et 23 de la loi du 31 décembre 1990 sur les SEL), ce sont les dispositions applicables aux sociétés civiles qui jouent (*id.*).

c) La participation peut **demeurer occulte ou être ostensible**. Traditionnellement, la participation est occulte, les associés étant convenus de ne pas révéler la société aux tiers : le gérant agit à l'égard des tiers en son nom personnel et il est seul engagé par les actes qu'il accomplit puisqu'il n'a pas révélé aux tiers l'accord qui le lie à ses associés (« participants ») ¹. Il rend compte de ses activités aux participants, chacun d'eux ayant droit aux bénéfices ou supportant les pertes selon la proportion prévue au contrat de société.

La participation peut être *ostensible*, dès la création de la société, ou le devenir au cours de la vie sociale. Tout dépend de la volonté des participants, ce qui peut donner lieu à des situations très variées : le caractère ostensible peut n'être donné que pour telle opération déterminée et la participation peut rester occulte pour les autres activités. Ou encore la société peut n'être révélée qu'à certains tiers, ou ne fait apparaître à côté du gérant qu'un seul des participants... En tout cas, lorsque les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas (art. 1872-1, al. 2 C. civ. ; *infra*, n° 611).

La société en participation de professions libérales réglementées ne peut pas être occulte. Elle est soumise à publicité dans des conditions qui sont fixées par décret pour chaque profession ².

d) Les associés disposent d'une **large liberté contractuelle** ³. Ils conviennent en effet librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation sous réserve des principes fondamentaux du droit des sociétés (art. 1871, al. 2 C. civ.). Cette liberté inhabituelle en droit des sociétés, s'explique par l'absence de personnalité morale de la société en participation.

599 **Distinction avec des situations voisines** ◇ La pratique révèle souvent des difficultés de qualification avec des situations juridiques voisines ⁴.

– **Contrat de travail avec participation aux bénéfices** : le contrat de travail est caractérisé par le lien de subordination alors que le contrat de

1. Paris 31 mai 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 29, F. X. Lucas.

2. Art. 22 L. 31 déc. 1990 ; cf. J.-J. Daigre et D. Lepeltier, *Sociétés d'exercice libéral*, GLN Joly 1993, n°s 147 s.

3. J. P. Storck, *Le contrat de société en participation* in *Études à la mémoire d'A. Rieg*, Bruylant 2000, p. 765.

4. E.N. Martine, *Les problèmes de qualifications à propos des sociétés en participation*, RTD com. 1959, p. 41. Sur les problèmes procéduraux (art. 4 Nouveau C. pr. c.) concernant les attributions du juge en matière de qualification, cf. Com. 2 mai 1983, D. 1985, p. 368, A. Joly.

société implique une collaboration sur un pied d'égalité, reflet de l'*affectio societatis*. De plus, tous les associés doivent participer aux pertes, ce qui n'est pas le cas du salarié seulement intéressé aux bénéfices ¹.

– **Contrat de prêt avec participation aux bénéfices** : le prêteur ne peut prendre aucune part au fonctionnement de la société ; alors que dans la société en participation, les participants ont toujours l'*affectio societatis*, ce qui implique sinon un concours actif dans la gestion, du moins un droit de contrôle sur les activités du gérant ².

– **Société créée de fait** : la distinction n'a plus grand intérêt pratique depuis que toutes les dispositions du Code civil relatives à la société en participation sont applicables à la société créée de fait (art. 1873 C. civ.) ³. Cependant, tandis que la société créée de fait résulte du seul comportement des associés, qui n'ont pas exprimé la volonté de constituer une société, la société en participation, elle, est constituée volontairement par les associés, même s'ils n'ont pas nécessairement rédigé un écrit.

– **Indivision** ⁴ : si pendant longtemps, il a été relativement facile d'opposer l'indivision, état subi et inorganisé, à la société, état voulu et organisé (*supra*, n° 44), désormais la distinction est beaucoup moins nette ⁵. Cependant l'indivision reste un état précaire auquel une demande en partage peut toujours mettre fin (art. 815, 1873-3 C. civ.) ; et surtout dans le contrat de société, une dynamique est donnée aux tiers dans une finalité collective ⁶, les associés sont animés par l'esprit d'entreprise, alors que les indivisaires se contentent d'une gestion plus conservatoire ⁷. Malgré cette distinction, des points de rencontre existent cependant entre la société en participation et

1. V. par ex. Soc. 25 oct. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 395, n° 79, B. Saintourens (contrat de travail d'un chauffeur routier) ; Soc. 17 févr. 1972, *Bull. civ. V*, n° 132, p. 123 (société) ; Com. 18 janv. 1977, *D.* 1977, IR, 311, J. Cl. Bousquet (contrat de travail) ; Soc. 14 nov. 1984, *Bull. civ. V*, n° 428, p. 319 (contrat de travail) ; Soc. 17 avr. 1991, *RTD com.* 1992, p. 196, n° 12, Cl. Champaud et D. Danet.

2. Com. 12 oct. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1265, n° 381, M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1994, p. 283, F. Bénac-Schmidt ; *Dr. sociétés* 1994, n° 1, Th. Bonneau (prêt ; les juges se fondant également sur des éléments postérieurs au début des engagements des parties) ; Paris 11 mars 1967, *D.* 1967, p. 474 (prêt) ; Paris 21 févr. 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 290, Y. Guyon ; *JCP E* 1987, 16 122, n° 17, A. Viandier et J.-J. Caussain (société en participation) ; Paris 28 sept. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 90, n° 17, B. Saintourens (prêt).

3. J. Guyénot, *Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du Code civil, entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait*, *D.* 1979, chron. 155 ; B. Jadaud, *Sociétés créées de fait et sociétés en participation*, *Deffrénois* 1983, art. 33028. V. par ex. Paris 6 oct. 1978, *RJ com.* 1985, 219.

4. F. Dekeuwer-Defossez, *L'indivision dans les sociétés en participation*, *JCP* 1980, I, 2970 ; H. Aberkane, *L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision*, in *Mélanges A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 11 ; Com. 18 nov. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 145, n° 52 (étalon) ; Versailles 17 mars 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 845, n° 204, J.-J. Daigre (société créée de fait entre acheteurs d'un cheval de course ; sur l'indivision en matière de copropriété d'étalons, Instr. 29 juill. 2003 BOI 4 A-10-03). L'expiration d'une indivision peut déboucher sur une société créée de fait, Paris 16 juin 1995, *JCP E* 1995, I, 501, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain.

5. Com. 16 oct. 2007, *JCP E* 2008, 1280, n° 10, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

6. Cf. A. Viandier, *op. cit.* n° 41, p. 49.

7. *Lamy sociétés* n°s 26 s.

l'indivision puisque la loi répute indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société (art. 1872, al. 2 C. civ.) et qu'elle précise que pour ces biens ainsi réputés indivis, ce sont les règles de l'indivision qui s'appliquent (art. 1872-1, al. 4 C. civ.)¹.

600 Avantages et inconvénients ◇ La société en participation présente un grand intérêt pour les personnes qui ne veulent pas révéler aux tiers leur association, et parfois tenter d'échapper aux rigueurs du droit de la concurrence². Elle est particulièrement bien adaptée pour la réalisation d'opérations ponctuelles³. L'absence de formalité en fait une structure légère et peu coûteuse. Laissant une large place à la liberté contractuelle, ce type de société offre une grande souplesse permettant une adaptation à des secteurs très variés (*infra*, n° 601).

En revanche, lorsque la participation vient à être révélée aux tiers, les conséquences risquent d'être très lourdes pour les associés (*infra*, n° 611). L'absence de personnalité morale⁴, liée au défaut d'immatriculation, peut être un handicap pour les opérations de longue durée. Le gérant, seul connu des tiers, peut manquer de surface financière pour s'assurer leur confiance lors d'opérations risquées ou onéreuses. Le défaut de rédaction d'un pacte social entre les participants est source de conflit, même entre participants qui se connaissent bien et s'appréciaient au jour de la formation de la société.

Sur le terrain fiscal, le caractère en principe occulte de la société en participation est atténué. En effet, la société doit être déclarée à l'administration fiscale en vue de la perception des droits d'enregistrement⁵, même si certaines restent totalement clandestines ; et cette déclaration ne lui fait pas

1. Sur le régime fiscal de l'indivision, M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Doc. 19, *L'imposition de l'entreprise indivise* ; Fl. Deboissy et G. Wicker, *La situation fiscale de l'indivisaire selon sa participation à l'activité de l'entreprise indivise*, JCP E 2000, p. 549, et *La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux*, RTD civ. 2000, p. 225 ; F. Deboissy, *Fiscalité de l'entreprise indivise*, RTD com. 2002, p. 560 ; M. Cozian, *L'imposition des bénéfices et des plus-values dans le cadre de l'entreprise indivise*, BF Lefebvre 4/07, ét. p. 263. Sur les conséquences du contrat de participation traduisant la mise en indivision d'un immeuble sur la plus-value privée, CAA Paris 6 févr. 2003, Piollet, RJF 8-9/03, n° 994.

2. V. par ex. Paris 6 juin 2000, *Rev. sociétés* 2000, p. 590, Y. Guyon ; Lyon 13 juin 1960, D. 1961, p. 148, F. Goré ; JCP 1961, II, 12103 J. Boitard.

3. Paris 26 juin 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 891, n° 278.

4. Civ. 2^e, 26 mars 1997, *D. aff.* 1997, p. 637.

5. Les cessions des droits des associés (sociétés en participations, sociétés créées de fait) sont soumises en principe au droit de 3 % sur la fraction supérieure à 23 000 € en application des art. 726-I, 2° et 726-III CGI (*supra* n° 4), Com. 22 mars 1988, JCP E 1988, II, 15251 (BOI, 7D-3-88, *Bull. Joly* 1988, p. 879, n° 291) ; Com. 18 nov. 1997, *Rothschild*, *Dr. fisc.* 1998, n° 11, p. 365 ; RTD com. 1998, p. 710, Fl. Deboissy ; J.-J. Daigre, *L'égalon au prétoire ou des saillies comme critères de la société en participation*, *Bull. Joly* 1998, p. 99, n° 39 ; Versailles 4 déc. 2003, *SA Hoche Promotion*, *Dr. fisc.* 2004, n° 27, comm. 605.

perdre son caractère occulte ¹. Pour l'imposition de leurs bénéfices ², les sociétés en participation sont de plein droit soumises au régime des sociétés de personnes (art. 8-2° CGI, v. *supra*, n° 13-1). Même à défaut d'option pour le régime des sociétés de capitaux, les sociétés en participation (ou les gérants connus des tiers) sont soumises à l'impôt sur les sociétés pour la fraction de leurs bénéfices correspondant aux droits des associés dont l'identité n'a pas été révélée à l'Administration ou dont la responsabilité n'est pas indéfinie ³. L'imposition est alors établie au nom du gérant connu des tiers ⁴.

601 *Applications pratiques* ⁵ ◇ Les utilisations de la société en participation peuvent être fort diverses, allant du simple achat en commun d'un billet de

1. Les associés ont l'obligation d'inscrire au bilan « fiscal » de la société en participation les biens dont ils ont décidé de mettre la propriété en commun (art. 238 bis M CGI) ; CAA Lyon 27 juill. 2006, *Bourgier*, *Dr. fisc.* 2007, n° 14, comm. 371 ; CAA Nancy 13 févr. 2003, *Ruffin*, *Dr. fisc.* 2004, n° 10, comm. 304 (en l'espèce, société créée de fait ; *infra* n° 615). Cette seule écriture n'induit aucune conséquence en matière de plus-values des particuliers : CAA Paris 6 févr. 2003, *Piollet*, *RJF* 8-9/03, n° 994 ; *Dr. fisc.* 2004, n° 12, comm. 354.

2. Aussi, une société n'est-elle pas en droit de constituer une provision en lieu et place de la société en participation elle-même, fût-elle la société mère (*infra* n° 666-1) de cette dernière : CE 5 sept. 2008, *SNC Viver Promotion*, *RJF* 12/08, n° 1344 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 44-45, comm. 554. S'agissant de la TVA, le seul redevable légal est la société en participation elle-même : CAA Marseille 4 juill. 2006, *Chegut*, *RJF* 1/07, n° 15 ; É. Desmorieux, *Société en participation et TVA*, *Dr. fisc.* 2007, n° 24, ét. 600, p. 11.

3. Art. 206-4 CGI. CE 21 avr. 2000, *SA Danone*, *RJF* 6/00, n° 759 ; *Dr. fisc.* 2001, n° 5, comm. 58 ; CAA Paris 16 nov. 2005, *Sté CACI*, *Dr. fisc.* 2006, n° 20, comm. 398.

4. Art. 218 al. 2 CGI : CE 21 avr. 2000, *SA Danone*, *op. cit.* ; CE 29 janv. 2003, *SNC Cidal*, *RJF* 4/03, n° 474 ; *Dr. fisc.* 2003, n° 20, comm. 383. Sur la possibilité pour un associé de déduire les intérêts d'emprunts contractés pour l'acquisition des parts d'une société en participation, CE 9 juill. 2003, *Muel* (nécessité d'une activité professionnelle au sens de l'art. 151 nonies CGI ; *supra* n° 13-1) ; *RJF* 11/03, n° 1255 ; 11 avr. 2008, *Hémery*, *RJF* 7/08, n° 836 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 22, comm. 350 (*supra* n° 235). Sur les difficultés posées par la transformation d'une société en participation en une société de droit, É. Desmorieux, *La fiscalité de la transformation d'une société en participation en une société d'une autre forme*, *BF Lefebvre* 8-9/04, p. 585 (égal. TA Toulouse 29 avr. 2003, *Amans*, et TGI Rodez 7 janv. 2000, *SARL Musique d'Oc* : *Dr. fisc.* 2004, n° 7, comm. 237). Sur le cas particulier d'une société en participation occulte constituée dans le cadre d'une convention de croupier, TA Lyon 9 nov. 1999, *Hezez*, *RJF* 2/00, n° 205 (*supra* n° 46). La constitution d'une société en participation enregistrée, notamment entre sociétés d'un même groupe (le plus souvent afin d'opérer un transfert de bénéfices), est souvent considérée comme constitutive d'un abus de droit ou d'un acte anormal de gestion (sur ces notions, *supra* n° 52-1) par l'administration fiscale : CE 10 mai 1993, *SARL Elite Model Management*, *Dr. fisc.* 1994, n° 39, comm. 1645 ; *RJF* 7/93, n° 1038 ; 23 nov. 2001, *SA Cogedac*, *Dr. fisc.* 2002, n° 13, comm. 281 ; 8 août 2002, *SA Esab France*, *Dr. sociétés* 12/02, n° 229. E. Desmorieux, *Société en participation, abus de droit et acte anormal de gestion*, *Dr. fisc.* 2003, n° 11, p. 426 ; J. Prieur, J. Caye, S. de Lassus, D. de Pariente et J.-B. Lenhof, *La société en participation, Société holding*, *Dr. sociétés, Actes pratiques mars/avr. 2004*, n° 74, p. 3. En cas de convention de société en participation ni enregistrée ni déclarée, l'administration fiscale peut l'écarter en raison de son caractère occulte et s'en tenir à l'apparence : CE 29 janv. 2003, *SNC Cidal* préc.

5. Cf. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, n°s 1543 s.

loterie¹ jusqu'à l'association entre sociétés industrielles très puissantes (forme de coopération interentreprises pour l'élaboration de programmes de recherche, la prospection de certains marchés²...). Le contentieux assez abondant, auquel peut donner lieu ce type de société, révèle qu'elle est employée dans le commerce des vins, des pierres précieuses, des objets d'art (qui nécessite des mises de fonds importants pour des personnes physiques). Le recours à la participation est aussi fréquent dans les transports³, les assurances, les travaux publics (adjudication de marchés importants, réalisation de grands chantiers)⁴, voire le cinéma⁵, l'opéra⁶ ou entre éleveurs se partageant les saillies d'un étalon⁷. Elle peut être choisie pour permettre l'exploitation d'un fonds de commerce entre un apporteur en nature et un apporteur en industrie (*infra*, n° 603), ou la gestion de pools d'investissement constitués entre propriétaires de bateaux⁸, de wagons, de conteurs...⁹. Elle joue un rôle très important en matière financière pour garantir le placement dans le public des valeurs mobilières émises par les sociétés : pour éviter de courir des risques trop importants, le banquier de l'émetteur constitue avec des confrères un groupement occulte (« syndicat d'émission », « syndicat de placement », « syndicat de prise ferme »)¹⁰. Une fois

1. Civ. 1^{re}, 14 janv. 2003, *JCP E* 2003, 763, F. X. Lucas, et déjà Crim. 20 mai 1985, *RTD com.* 1986, p. 292, n° 15, J. Hémard et B. Bouloc.

2. Paris 21 mars 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 886, n° 308 (participation entre société française et société américaine pour commercialiser un produit dans les pays de l'Est).

3. Soc. 13 janv. 1994, *RJDA* 1994, p. 1994, p. 409, n° 521 (chauffeurs-routiers).

4. M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Lamy 1992 ; *Cahiers du droit de l'entreprise : les joint ventures*, 1979, n° 5. Sur les groupements momentanés d'entreprises, cf. *infra*, n° 637.

5. CE 26 juill. 1985, *Gaz. Pal.* 1986, I, p. 218, Concl. Fouquet, note J.-M. Darrois ; Com. 11 févr. 1985, *Rev. sociétés* 1986, p. 263, C. David (coproduction de films) ; Civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1029, n° 330, P. Le Cannu (production d'un long métrage et d'une série de télévision) ; Paris 18 mars 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 399, n° 188 ; Versailles 4 nov. 1993, *D.* 1994, somm. 277, Th. Hassler.

6. Paris 17 mai 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 830, n° 298, X. Daverat (coproduction d'opéras) ; Soc. 31 oct. 1991, *D.* 1992, p. 490, X. Daverat ; *RTD com.* 1992, p. 826, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris 9 mars 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 84, H. Lécuyer (théâtre).

7. J.-J. Daigre, *L'étalon au prétoire ou des saillies comme critère de la société en participation*, *Bull. Joly* 1998, p. 99, n° 39, à propos de Com. 18 nov. 1997, id. p. 145, n° 52.

8. Sur la nature juridique des sociétés de quirataires, cf. R.M. JO déb. AN 23 sept. 1991, p. 3946 ; *Bull. Joly* 1991, p. 939, n° 333 ; R.M. JO déb. AN 28 déc. 1992, p. 5863, *Bull. Joly* 1993, p. 115, n° 26.

9. Ph. Houard, *Les pools d'investissements*, *Rev. sociétés* 1970, p. 81 : Ce sont « des sociétés en participation qui ont pour objet la mise en commun des revenus procurés par la location de biens mobiliers. Ces biens qui demeurent la propriété des coparticipants, le plus souvent des particuliers, sont loués à des entreprises utilisatrices. Le produit des locations est ensuite réparti, après diverses déductions, aux adhérents ».

10. V. B. Sousi-Roubi, V° syndicat d'émission. Cf. Y. Zein, *Les pools bancaires, aspects juridiques*, *Economica* 1998, préf. C. Larroumet ; Com. 27 mars 2001 (2 esp.) *RJDA* 2001, p. 768, n° 891 et p. 769, n° 892 (un pool bancaire peut être assimilé à une société en participation, sauf disposition conventionnelle contraire) ; Versailles 26 sept. 2006, *BRDA* n° 1-2007, p. 3 (pouvoirs du chef de file du pool). V. pour la même solution donnée à propos d'un groupement momentané d'entreprises, Com. 20 nov. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 277, n° 59, J. Vallansans ; Civ. 3^e, 28 sept. 2005,

les titres placés, bénéfices ou pertes sont partagés entre les banquiers participants.

SECTION 1. LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

§ 1. Conditions de fond

602 Associés ◇ Une société en participation doit comporter au moins deux associés personnes physiques ou personnes morales. Depuis la loi du 23 décembre 1985, deux époux, même communs en biens, peuvent former entre eux une telle société (*supra*, n° 48).

– **Si la société demeure occulte** et a un objet commercial, seuls les associés gérants doivent avoir la capacité requise pour exercer une activité commerciale (ce qui exclut les mineurs même émancipés, les personnes sous le coup d'une interdiction ou d'une incompatibilité). Les autres participants ne sont pas tenus des dettes sociales envers les tiers (v. cependant *infra*, n° 611). Ils ne sont tenus qu'envers le gérant, et ils peuvent limiter leur contribution à condition que la clause statutaire ne soit pas léonine (*supra*, n° 42). Dès lors, un mineur peut être participant occulte, puisque sa responsabilité est limitée. Il est dans une situation analogue à celle d'un commanditaire (*supra*, n° 166) ¹.

– **Si la société est ostensible** et a un objet commercial, tous les participants qui exercent l'activité commerciale doivent avoir la capacité requise pour faire le commerce puisque, en l'absence de personne morale, ils se présentent aux tiers comme exerçant une activité commerciale.

Une réponse ministérielle du 5 novembre 1981 ² a précisé « qu'un régime de responsabilité solidaire, s'il est d'usage en matière de commerce, n'emporte pas nécessairement pour ceux qui y sont soumis par la loi ou leur volonté, le bénéfice et les charges de la qualité de commerçant. Cela conduit à considérer que, dans une société en participation, seul aura la qualité de commerçant celui qui se comporte comme tel aux yeux des tiers, la seule appartenance à une société en participation même révélée ne suffisant pas à conférer cette qualité... ».

BRDA n° 20-2005, p. 5. Sur la nature juridique des conventions de sous-participation bancaires, J. Bertran de Balanda, *JCP E* 1996, I, 572 ; Paris 10 mai 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 205, Th. Bonneau ; Paris 6 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 1049, n° 381, J. Vallansan ; *RTD com.* 1997, p. 279, Cl. Champaud et D. Danet.

1. *A contrario*, Req. 9 juin 1947, *JCP* 1947, II, 3851, D. Bastian.

2. Citée *supra*, n° 596 ; v. également Com. 26 avr. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, II, *panor.* p. 324, J. Dupichot.

603 Apports ◇ Comme dans toute société, chaque participant doit, même si la société en participation n'a pas de capital social, faire un apport ¹. Lorsqu'il s'agit d'un **apport en numéraire**, les sommes correspondantes sont mises à la disposition du gérant pour les besoins de la société. Quand un **apport en nature** est réalisé, le bien apporté ne peut être la propriété de la société, puisque celle-ci n'a pas de personnalité morale et donc pas de patrimoine. Il vaudrait d'ailleurs mieux parler de mise à disposition (« mise ») que d'apport.

Plusieurs régimes différents peuvent être adoptés ² :

- en principe, le bien apporté est seulement mis à la disposition de la société, qui en a la jouissance ³ ; l'associé en reste propriétaire (art. 1872, al. 1 C. civ.).

En cas d'apport de la jouissance d'un fonds de commerce, les formalités prévues par la loi du 17 mars 1909 (art. L. 141-5 s.) n'ont pas à être effectuées puisque les créanciers de l'apporteur du fonds conservent la possibilité de le saisir entre les mains de leur débiteur. De même, le titulaire du bail commercial, dès lors qu'il ne perd pas la propriété du fonds, conserve son droit au renouvellement puisque l'article L. 145-8 n'exige pas une exploitation personnelle ⁴.

- Cependant, les participants peuvent aussi convenir que les biens apportés seront indivis (art. 1872, al. 3 C. civ.) ⁵. La loi répute en outre indivis entre les associés, les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société (art. 1872, al. 2 C. civ.).

- Enfin, les associés peuvent également convenir qu'à l'égard des tiers, l'un d'entre eux, généralement le gérant, apparaîtra comme seul propriétaire des biens (en réalité indivis) acquis en vue de la réalisation de l'objet social (art. 1872, al. 4 C. civ.). Le caractère occulte des participants est ainsi préservé.

La pratique révèle que les **apports en industrie** ⁶ sont très fréquents dans les sociétés en participation, l'apporteur s'engageant à réserver telle ou telle prestation à la participation.

1. Com. 6 oct. 1981, *Bull. Joly* 1981, p. 940, n° 445-I ; Paris 4 juin 1991, *Dr. sociétés*, 1992, n° 1, p. 21, Th. Bonneau. Sur la sanction du défaut d'apport, Com. 11 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 939, n° 308, P. Le Cannu. Sur la prescription de l'action en nullité pour défaut d'apport, Paris 13 févr. 2007, *BRDA* n° 8-2007, p. 2 (trois ans, art. 1844-14 C. civ.). Sur la distinction entre un nouvel apport et la contribution aux pertes, Paris 1^{er} déc. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 741, n° 177, J. Vallansan.

2. Le choix n'est pas neutre, sur le terrain fiscal (constitution, dissolution), en cas de redressement ou liquidation judiciaire du gérant (actions en revendication), et plus généralement pour la reprise des apports, cf. par ex. Com. 4 mars 1968, *Bull. civ. IV*, n° 95, p. 81 ; et *infra*, n° 613.

3. Paris 5 juill. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1108, n° 308 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 525, Y.G.

4. Civ. 3^e, 13 janv. 1981, *JCP* 1981, IV, p. 103.

5. Dans ce cas, sauf disposition contraire, aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis, tant que la société n'est pas dissoute, art. 1872-2 al. 2 C. civ. Cf. Com. 14 oct. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 40, n° 11, D. Randoux ; *Dr. sociétés* 1996, n° 227, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1997, p. 109, Cl. Champaud et D. Danet.

6. Com. 13 janv. 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 452, n° 87, V. Allegaert.

Lorsque l'un des participants apporte en jouissance son fonds de commerce (apport en nature) et qu'un autre apporte son activité professionnelle dans l'exploitation du fonds (apport en industrie), l'opération n'est pas très éloignée de la location-gérance, qui ne pourrait être conclue qu'à des conditions beaucoup plus strictes¹. Quelquefois on pourra également être très proche d'un contrat de travail (*supra*, n° 599)².

604 Participation aux résultats de l'exploitation ◇ Comme dans toutes les sociétés, les participants doivent avoir vocation aux bénéfices ou aux économies, ainsi qu'aux pertes de la société en participation³. Les associés ont une grande liberté pour fixer cette répartition (art. 1871, al. 2 C. civ.). La seule limite réside dans l'interdiction de prévoir une clause léonine (art. 1844-1 al. 2, C. civ. ; *supra*, n° 42)⁴.

C'est ainsi que les participants occultes peuvent limiter leur contribution au montant de leurs apports. En revanche, s'il était prévu que tel participant récupérerait intégralement son apport à la dissolution de la société, cette clause serait réputée non écrite (art. 1844-1, al. 2 C. civ.). Elle ne pourrait être maintenue que dans le cadre d'une requalification de la convention, par exemple en contrat de prêt⁵.

Au cas, exceptionnel, où les statuts seraient muets sur les modalités de la distribution des bénéfices et de la contribution aux pertes, il conviendrait d'opérer une répartition proportionnelle aux apports (art. 1844-1 C. civ.)⁶.

La société en participation n'ayant pas la personnalité morale ne peut pas bénéficier de la procédure de sauvegarde ; elle ne peut être mise ni en redressement ni en liquidation judiciaire.

Le gérant peut cependant demander le bénéfice de la sauvegarde, dès lors qu'il exerce une activité commerciale à titre personnel.

1. Rapp. Com. 9 févr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 289, n° 81.

2. V. J. Dupichot sur le point de savoir si l'apporteur en industrie dans une société en participation doit (et peut) se faire immatriculer au registre du commerce et des sociétés, *Gaz. Pal.* 1982, II, panor. p. 324 préc.

3. Com. 22 mai 1970 préc., *Bull. civ. IV*, n° 167, p. 149, *Rev. sociétés* 1971, 66, B. Bouloc ; Com. 11 mars 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 688, n° 147, J. Vallansan ; CE 23 févr. 1977, *JCP N* 1978, II, p. 92, D.F. ; Paris 27 juin 1991, *JCP E* 1991, I, 87, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 22 févr. 2005, *JCP E* 2005, 1048, J. L. Navarro ; *Bull. Joly* 2005, p. 871, n° 196, F. Kenderian (exigibilité de la contribution aux pertes dès l'approbation des comptes, en application des statuts ; prescription).

4. Civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1029, n° 330, P. Le Cannu ; Civ. 1^{re}, 29 oct. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1052, n° 343, P. Le Cannu ; Paris 17 mars 1998, *RTD com.* 1998, p. 362, Cl. Champaud et D. Danet.

5. Com. 12 déc. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 306, p. 252.

6. Com. 12 juill. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1010, n° 294, P. Le Cannu.

§ 2. Conditions de forme

605 Absence de formalités ◇ C'est là l'un des éléments caractéristiques essentiels de la société, puisqu'aux termes de l'article 1871 alinéa 1^{er} du Code civil : « les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors "société en participation". Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité... ».

En pratique, pour éviter les conflits entre associés pouvant résulter de simples conventions verbales, on ne manque pas de recommander aux participants de rédiger un écrit. Cet acte doit permettre de fixer clairement les droits et obligations des associés. De plus, la société en participation doit être déclarée à l'Administration fiscale afin que soient perçus les droits d'enregistrement (*supra*, n° 600). Mais elle ne perd pas pour autant son caractère occulte vis-à-vis des tiers.

La société en participation peut être prouvée par tous moyens, qu'elle soit commerciale ou civile (art. 1871, al. 1 C. civ.). Les associés et les tiers peuvent donc apporter la preuve de son existence par écrits, livres de commerce, témoignages ou présomptions ¹.

SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

606 Caractéristiques ◇ Deux grands principes gouvernent l'organisation de la société en participation et ont des répercussions sur son fonctionnement. D'une part, vis-à-vis des tiers, la société, faute de personnalité morale, n'a pas d'existence, mais dans les rapports entre associés, la société est pleinement efficace ² ; d'autre part les associés peuvent convenir librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives du droit des sociétés (art. 1871, al. 2 C. civ.).

Ces règles impératives concernent : les éléments constitutifs du contrat de société (art. 1832) ; la licéité de l'objet social (art. 1833) ; l'interdiction d'augmenter les engagements des associés sans leur consentement (art. 1836, al. 2) ; l'interdiction de faire publiquement appel à l'épargne ou d'émettre des titres négociables (art. 1841) ; le droit pour tout associé de participer aux décisions collectives (art. 1844, al. 1^{er}) ; l'interdiction des clauses léonines (1844-1, al. 2) ³.

1. Com. 29 janv. 2008, *JCP E* 2008, 1550, A. Viandier ; Com. 2 juill. 1969, *Rev. sociétés* 1970, 274, J.H. ; Com. 3 juin 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 764, n° 229.

2. V. pour une illustration, Civ. 3^e, 10 mars 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 880, n° 175, J. J. Barbière ; *JCP E* 2004, 1510, n° 7, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (comptes de liquidation).

3. Il résulte de cette énumération qu'un associé qui se retire de la société peut demander, en application de l'article 1843-4 du Code civil, la désignation d'un expert chargé de l'évaluation de ses droits sociaux, Civ. 1^{re}, 2 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 180, p. 134 ; *RTD com.* 1988, p. 84, n° 12, E. Alfandari et M. Jeantin.

§ 1. La gérance

607 Statut ◇ Lorsque la société en participation a un objet commercial, ce sont les dispositions applicables à la société en nom collectif qui jouent (art. 1871-1 C. civ. ; *supra*, n^{os} 129 s.). Les statuts ou un acte ultérieur peuvent donc désigner un ou plusieurs gérants choisis parmi les participants ou, plus rarement, en dehors d'eux ¹. Si aucun gérant n'est expressément désigné, tous les participants sont gérants (art. L. 221-3). Les statuts fixent librement les conditions de révocation (unanimité des autres participants, majorité simple ou qualifiée), ou de démission (nécessité d'un préavis). La rémunération est fixée par les associés (généralement un traitement fixe et une participation aux bénéfices).

608 Le gérant et les tiers ◇ Le gérant a les plus larges pouvoirs sur les biens dont il a apparemment la disposition, puisqu'il agit en son nom personnel (art. 1872-1 C. civ.). C'est la situation normale : la société n'est pas révélée aux tiers, ceux-ci ne connaissent que le gérant. La conséquence est double. D'une part, les participants n'ont aucune action contre les tiers qui ont contracté avec le gérant (sauf l'action oblique de droit commun, art. 1166 C. civ.) ². D'autre part, les tiers n'ont d'action que contre le gérant avec lequel ils ont traité, ils n'ont aucune action contre les participants. En principe (*cf.* cependant *infra*, n^o 611), le gérant fait complètement écran entre les associés et les tiers ³.

La responsabilité civile du gérant est engagée vis-à-vis des tiers même en l'absence de faute séparable de ses fonctions, puisque, dans une société en participation, il ne peut pas s'abriter derrière une personnalité morale qui fait défaut (*cf. supra*, n^o 198) ⁴.

Lorsque les biens mis à la disposition du gérant sont indivis entre les participants, les actes relatifs à ces biens sont, à l'égard des tiers, soumis aux règles de l'indivision, conventionnelle ou légale selon que les formalités de l'article 1873-2 C. civ. ont été ou non accomplies.

Il en résulte notamment que les dettes résultant de la conservation et de la gestion des biens indivis doivent être payées par prélèvement sur ces biens et que les créanciers peuvent saisir les biens indivis pour les faire vendre (art. 815-17 C. civ.).

609 Le gérant et les associés ◇ Les pouvoirs du gérant sont en principe fixés par les statuts. À défaut, le gérant peut faire tous les actes de gestion dans

1. Sur la situation du gérant non associé placé sous un lien de subordination, Paris 3 avr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 668, n^o 219, J.-F. Barbieri.

2. Com. 23 oct. 1984, *Bull. Joly* 1984, p. 1211, n^o 452.

3. Y. Guyon, n^o 524.

4. Com. 6 mai 2008, *D.* 2008, p. 1408, A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2008, p. 618, D. Poracchia ; *Bull. Joly* 2008, p. 762, n^o 163, P. Le Cannu ; *RJDA* 2008, p. 1063, D. Gibirila .

l'intérêt de la société (art. L. 221-4, al. 1) ¹. Les actes qui seraient accomplis par le gérant en violation des statuts ou des dispositions légales supplétives n'en seraient pas moins valables à l'égard des tiers. Mais les participants pourraient exiger que les opérations correspondantes soient exclues des comptes de la participation, et agir en responsabilité contre le gérant en cas de préjudice.

§ 2. Les associés

610 Les associés et la société ◇ Chaque participant, comme tout associé, a le droit de participer à la vie de la société : il doit être informé de l'évolution des affaires sociales, il contrôle la gestion du gérant, il participe aux décisions collectives. Mais, en principe, comme le commanditaire, il ne doit faire que des actes de gestion interne (*supra*, n° 168) ².

Le participant a, bien entendu, vocation aux bénéfices et doit contribuer aux pertes (*supra*, n° 604). S'il veut céder ses droits sociaux, l'unanimité est requise, sauf disposition statutaire contraire, compte tenu de l'importance de l'*intuitus personae* dans la société en participation. Il ne lui est pas interdit de passer une « convention de croupier » (*supra*, n° 46).

611 Les associés et les tiers ³ ◇ Normalement, les tiers traitent avec le gérant et ne connaissent pas les participants occultes. C'est pourquoi l'article 1872-1 du Code civil dispose : « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* » (al. 1) ⁴. Cependant, dans trois hypothèses prévues par ce texte, l'action des tiers contre les participants est possible, ce qui peut aggraver considérablement leur situation :

a) **Tous les participants agissent en qualité d'associé au vu et au su des tiers** (art. 1872-1, al. 2). En ce cas la société en participation perd son caractère occulte et devient ostensible, chacun des associés est alors tenu à l'égard des tiers des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité si la société est civile ⁵.

1. Pour une action en paiement contre un associé défaillant, Com. 9 juill. 2002, *RJDA* 2002, p. 1094, n° 1291.

2. Dans les relations entre coassociés, rien ne s'oppose à ce que l'un d'eux ait la qualité de mandataire. S'il se rend coupable d'un détournement, il peut être condamné pour abus de confiance (art. 408 C. pén.). V. par ex. Crim. 9 avr. 1973, *D.* 1975, p. 257, M. Delmas-Marty ; Crim. 16 avr. 1975, *D.* 1976, p. 77, J. Cl. Bousquet ; Crim. 28 oct. 1981, *RTD com.* 1981, p. 787, n° 14, E. Alfandari et M. Jeantin ; Crim. 13 juin 1983, *Bull. Joly* 1983, p. 1122, n° 471-II.

3. A. Picand-L'Amézec, *L'obligation des associés en participation envers les tiers*, *Rev. sociétés* 1990, p. 567.

4. Com. 16 oct. 2007, *JCP E* 2008, 1280, n° 10, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

5. Com. 9 juill. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 1052, n° 382, P. Le Cannu. ; Com. 8 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 229, n° 51, B. Saintourens (banquier réclamant le règlement d'un compte-courant débiteur). Sur la mise en redressement judiciaire des participants ayant agi au vu et au su des tiers,

Cette **révélation** ¹ peut s'effectuer de façon très variée. Elle peut résulter de l'emploi du nom social sur les camions de la société ² comme de l'ouverture d'un compte bancaire sociétaire ³. Elle résulte d'un acte positif de gestion ⁴, et peut ne concerner que certains tiers.

En revanche, la question se pose de savoir si les participants pourraient être engagés vis-à-vis des tiers, au cas où le gérant ou l'associé qui contracte révélerait leur identité sans leur accord. La réponse négative ne faisait aucun doute sous l'empire de l'article 421 de la loi du 24 juillet 1966 puisque selon ce texte « *chaque associé contracte avec les tiers en son nom personnel. Il est seul engagé même au cas où, sans l'accord des autres associés, il révèle leurs noms aux tiers* ». La loi du 4 janvier 1978 n'ayant pas repris cette disposition, certaines juridictions ⁵ en ont déduit que désormais, puisque le législateur aurait ainsi souhaité mieux protéger les tiers, la responsabilité de tous les participants était engagée lorsque le gérant ou l'un des associés avait révélé l'identité des participants, même sans leur accord, à l'un des créanciers du groupement. Mais cette thèse, qui faisait des participants les « otages du gérant » ⁶ ou d'un coassocié, et qui risquait de porter un coup fatal à la société en participation, a été fermement condamnée par la Cour de cassation :

« Vu l'article 1872-1 du Code civil ; Attendu que dans la société en participation, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers, qu'il en est toutefois différemment si les participants agissent en qualité d'associé au vu et au su des tiers ou si un associé a, par son immixtion, laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard. » Et la Chambre commerciale casse l'arrêt précité de la Cour de Lyon qui n'a pas caractérisé les actes personnels des participants permettant de considérer qu'ils avaient agi en qualité d'associés au vu et au su du créancier » ⁷.

Com. 14 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1003, n° 269, J.-F. Barbière ; *JCP E* 1995, I, 447, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Dr. sociétés* 1994, n° 152, Y. Chaput ; n° 186, Th. Bonneau.

1. X. Blanc-Jouvan, *La révélation aux tiers de la société en participation*, *RTD com.* 1959, p. 649 ; Ph. Pétel, *La révélation aux tiers de la société en participation*, *JCP E* 1987, I, 13639. Encore faut-il caractériser les actes personnels des participants permettant de considérer qu'ils avaient agi en qualité d'associé au vu et au su des créanciers, Com. 15 juill. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 723, n° 303 ; Com. 14 juin 1994, *D.* 1994, IR, 190 (mise en liquidation judiciaire) ; Com. 13 janv. 1997, *D. aff.* 1998, p. 343, M. Boizard ; Versailles 4 nov. 1993, *RTD com.* 1994, p. 287, Cl. Champaud et D. Danet.

2. Com. 27 juill. 1965, *Bull. civ.* III, n° 447, p. 407.

3. Com. 27 juill. 1965, préc. ; Com. 17 nov. 1970, *Rev. sociétés* 1971, 533, J.H. Rapp. Com. 9 mai 1983, *Bull. civ.* IV, n° 133, p. 117 ; *Répert. Defrénois* 1984, art. 33298, n° 4, J. Honorat (utilisation de bons de commande postérieurement à la cessation d'activité de la société en participation). Paris 28 mai 1985, *BRDA* n° 20-1985, p. 19.

4. Com. 26 nov. 1996, *Rev. sociétés* 1997, p. 357, F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno ; *Dr. sociétés* 1997, n° 25, Th. Bonneau ; *JCP E* 1997, I, 639, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1997, p. 149, n° 50, P. Serlooten ; Ch. Goyet *D.* 1998, chron. p. 37.

5. Lyon 20 déc. 1985, *D.* 1986, p. 299, Y. Reinhard ; *JCP E* 1986, 15 846, n° 24, A. Viandier et J.-J. Caussain.

6. Y. Reinhard, précité, *D.* 1986, p. 301.

7. Com. 15 juill. 1987, *JCP* 1988, II, 20958, Ph. Pétel ; *Rev. sociétés* 1988, 70, P. Didier ; *JCP E* 1987, 16 959, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1988, p. 67, n° 7, Cl. Champaud et P. Le Floch ; Paris 11 févr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 567, n° 125, J.-J. Daigre. Sur la nécessité que l'associé

b) **L'un des participants, par son immixtion dans la gestion**, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard (art. 1872-1, al. 3 C. civ.) : le texte consacre la jurisprudence antérieure ¹. Comme dans la commandite, il s'agit d'une immixtion dans la gestion externe de la société, et seul l'auteur de l'immixtion est engagé.

c) **Il est prouvé que l'engagement a tourné au profit de l'un des associés** (art. 1872-1, al. 3 C. civ.). La solution est nouvelle, puisque la jurisprudence estimait généralement qu'un tiers ayant traité avec un participant n'avait pas d'action directe contre ses coassociés, alors même que ces derniers auraient profité de l'opération ².

SECTION 3. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

612 Causes ◇ La société en participation commerciale est soumise aux mêmes causes de dissolution que la société en nom collectif (art. 1871-1 C. civ. ; *supra*, n° 160) ³. En outre, si la société est à durée indéterminée, sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un des associés à tous les autres, pourvu qu'elle soit de bonne foi et non faite à contretemps (art. 1872-2, al. 1 C. civ.) ⁴. La dissolution de la société n'a pas à être publiée (art. 1871, al. 1 C. civ.) ⁵.

613 Liquidation et partage ⁶ ◇ Il n'y a pas à proprement parler de liquidation de la société, puisqu'il n'y a ni actif ni passif sociaux distincts des patrimoines personnels des participants. Il n'y a lieu qu'à un règlement de comptes entre les associés, les comptes étant en général arrêtés par le gérant ⁷.

ait agi pour le compte de la société, Com. 13 janv. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 103, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1998, n° 75, Th. Bonneau ; *Quot. jurid.* 3 mars 1998, P.M.

1. X. Blanc-Jouvan, art. préc., n°s 24 s.

2. Cf. par ex. Civ. 26 août 1879, DP 1880, I, 120.

3. Paris 30 oct. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 115, n° 27 (dissolution pour inexécution par un associé de ses obligations) ; Versailles 3 févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 533, n° 159 (disposition excluant la dissolution pour décès) ; v. sur une absence de « prorogation expresse ou tacite » relevée par la Cour de cassation, Com. 23 oct. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 110, n° 27, B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 2008, p. 383, B. Dondero.

4. Com. 15 févr. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 65, p. 49 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 521, R. Libchaber ; *Dr. sociétés* 1994, n° 185, Th. Bonneau. Rapp. pour un exemple de rupture brutale d'une société créée de fait, Civ. 1^{re}, 27 avr. 1977, *Bull. civ. I*, n° 194, p. 153.

5. V. cependant, Com. 13 mars 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 919, n° 199, P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2003, n° 28, F. X. Lucas.

6. J. Derruppé, *Le partage de la société en participation*, JCP N 1988, I, 741.

7. Paris 29 avr. 1986, *Rev. sociétés* 1986, 459, Y. Guyon ; JCP E 1986, 15 846, n° 25, A. Vian-dier et J.-J. Caussain ; Paris 13 oct. 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 93, n° 25.

Dès lors que la société en participation a un caractère commercial, les rapports entre associés sont régis par les dispositions applicables aux sociétés en nom collectif, à moins qu'une organisation différente n'ait été prévue. Chaque associé a donc droit après paiement des dettes, au remboursement de son apport ¹, sauf s'il s'agit d'un apport en industrie ² et à une part de l'actif subsistant proportionnelle à ses apports ³.

Si le bien apporté a fait l'objet d'une plus-value, celle-ci profite uniquement à l'apporteur. Ainsi l'apporteur en industrie ne bénéficie-t-il pas de la plus-value du fonds de commerce qu'il a pourtant développé, mais qu'il n'a pas apporté ⁴. Pour éviter cette conséquence fâcheuse, le plus simple est que les associés prévoient dans les statuts les modalités de répartition des plus-values, ou constituent une indivision.

Les biens indivis sont partagés selon les règles du partage des successions. Les bénéfices ou les pertes sont répartis suivant les dispositions statutaires (*supra*, n° 604) ; et l'associé qui aurait payé plus que sa part dans la contribution aux pertes aurait un recours contre les autres.

Il peut arriver que l'activité de la société en participation dissoute soit poursuivie par les anciens associés. En ce cas, il y aura société créée de fait ou société devenue de fait ⁵ dès lors que l'*affectio societatis* est prouvée ⁶.

1. Paris 4 juin 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 835, n° 299, J. Guirec-Raffray ; Paris 6 juin 1996, *RTD com.* 1996, p. 688, Cl. Champaud et D. Danet.

2. Civ. 1^{re}, 19 avr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1276, n° 281, J. J. Daigre ; *Rev. sociétés* 2006, p. 111, D. Poracchia ; D. 2005, p. 1230, A. Lienhard ; *RTD com.* 2005, p. 527, Cl. Champaud et D. Danet et p. 785, L. Grosclaude (il n'a droit qu'à une part de la plus-value éventuelle).

3. Com. 29 nov. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 65, P. Le Cannu.

4. Com. 4 févr. 1959, *JCP* 1959, II, 11003, D. Bastian. V. cependant, plus récemment, Civ. 1^{re}, 23 mai 1984, *Bull. Joly* 1984, p. 878, 324 : « il doit être tenu compte, en principe, dans le cadre de la liquidation d'une société en participation, lors de la reprise par chacun des associés de ses apports personnels en nature, de la plus-value résultant pour ces apports de l'activité des autres associés, ainsi que des investissements et équipements particuliers dont ils ont bénéficié ».

5. Cf. *infra*, n° 614 in fine.

6. V. par ex. Com. 26 oct. 1981, *Rev. sociétés* 1982, 859, F. Dekeuwer-Defossez ; *RTD com.* 1981, p. 785, n° 13, E. Alfandari et M. Jeantin. Rapp. Com. 3 mai 1984, *Defrénois* 1984, art. 33428, n° 6, J. Honorat.

CHAPITRE 2

LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT

614 Définition ◇ La **société créée de fait** est la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, mais sans entreprendre les démarches nécessaires à la constitution d'une société (*supra*, n^{os} 56 s.) ¹.

Cette société doit donc être distinguée de la **société de fait** qui est la situation dans laquelle une société, voulue par les participants, mais entachée d'un vice de constitution, a cependant fonctionné avant son annulation (*supra*, n^o 67) ².

En pratique, toutefois, les deux notions sont souvent confondues et englobées sous le vocable général de société de fait ³.

La loi du 4 janvier 1978 a consacré la construction jurisprudentielle de la société créée de fait en décidant que, désormais, les dispositions des articles 1871 et suivants du Code civil relatives à la société en participation étaient applicables aux sociétés créées de fait (art. 1873 C. civ.). Cette attribution d'un statut juridique à un groupement de fait est peut-être illusoire et dangereuse ⁴. En tout cas, dès lors que la société a un objet commercial, les règles relatives à la société en nom collectif ont vocation à s'appliquer (art. 1871-1 C. civ.) ⁵.

La distinction sera souvent délicate entre société créée de fait et **société en participation** ⁶, puisque la société en participation peut exister de façon ostensible

1. S. Vacrata, *La société créée de fait, Essai de théorisation*, LGDJ 2003 ; F. X. Lucas, *La société dite « créée de fait »*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 737.

2. J.-M. de Bermond de Vaulx, *Lorsqu'une société de fait cache une société créée de fait*, *Dr. sociétés*, févr. 1996, n^o 2. Cf. par ex. Com. 10 déc. 1991, *RJDA* 3-1992, n^o 242, p. 186. Cf. égal. Y. Dereu, *Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés*, *Bull. Joly* 1998, p. 607, n^o 204.

3. H. Temple, *Les sociétés de fait*, préf. J. Calais-Auloy, LGDJ 1975 ; G. Rives, *Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1969, 407 ; L. Leveneur, *Situation de fait et droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ 1990, T. 212, n^{os} 365 s. et 194 s. (sociétés de fait) ; G. Kessler, *Société créée de fait : les leçons du droit comparé*, D. 2005, p. 86.

4. F. Dekeuwer, *Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait*, D. 1982, chron. 83 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, *L'empire des faits et l'émergence de la notion de société*, D. 1996, chron. 185 ; Y. Dereu préc. ; La société créée de fait n'est cependant qu'un instrument subsidiaire qui ne peut pas se greffer sur une société de droit préexistante, Paris 26 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1104, n^o 361, J.-J. Daigre ; *JCP E* 1992, I, 172, n^o 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 12 mars 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 797, Y. Guyon.

5. Cf. par ex. Com. 15 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 86, n^o 15, A. Cuisance.

6. B. Jadaud, *Sociétés créées de fait et sociétés en participation*, *Répert. Defrénois* 1983, art. 33028, p. 417 ; J.-F. Pillebout, *Société en participation, société créée de fait en agriculture*, *JCP N* 1986, I, p. 418 ; H. Tubiana et M. Peisse, *Marchand de biens et banquiers, Associés en participation ?* *Gaz. Pal. doct.* 28 juill. 1992. Sur le refus de reconnaître une société créée de fait entre le banquier prêteur et une S.C.I., Com. 15 juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1262, n^o 380, Y. Chaput.

sans être immatriculée (*supra*, n° 598). Le critère devrait cependant être le suivant : avec la société créée de fait, les associés n'ont pas exprimé la volonté de constituer une société, cette société résulte de leur seul comportement ; tandis que la société en participation a été instituée volontairement par les associés, même s'ils n'ont pas nécessairement rédigé un écrit... (*supra*, n° 605).

Heureusement, la distinction n'a plus guère d'intérêt pratique. (Sur la distinction entre société créée de fait et société en formation, v. *supra*, n° 76).

La 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation a introduit la notion nouvelle de « **société devenue de fait** » lorsque, malgré la dissolution d'une société par arrivée du terme, l'activité se poursuit et que l'*affectio societatis* persiste. Dans les rapports entre associés, les statuts, tacitement reconduits, continuent à s'appliquer, mais, vis-à-vis des tiers, la société étant dépourvue de la personnalité morale leur est inopposable ¹.

SECTION 1. LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT

615 Éléments constitutifs ◇ Pour reconnaître l'existence d'une société créée de fait, les juges recherchent si les différents éléments du contrat de société ont été réunis (*supra*, n°s 25 s.) : les apports qui ont dû être faits par tous les associés ², leur participation aux bénéfices (ou aux économies) et aux pertes, et bien entendu leur *affectio societatis* ³.

La preuve de ces différents éléments peut être faite par tout moyen (art. 1871, al. 1 C. civ.) ⁴. Souvent les apports, particularité de la société créée de fait, seront des apports en industrie ⁵, et plus spécialement de la part des femmes (concubines). Lorsque la totalité des ressources des associés

1. Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 319, D. Randoux ; JCP E 2006, 2035, n° 4, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; P. Le Cannu, *La troublante énigme de la société devenue de fait*, *Bull. Joly* 2006, p. 565, n° 121.

2. Paris 12 nov. 1991, *RJDA* 3-1992, n° 243, p. 187.

3. Le juge fiscal applique les mêmes critères que le juge commercial : CE 13 mars 1998, *Carcassonne*, *Dr. fisc.* 1998, n° 26, comm. 588 ; 14 janv. 2002, *Tronel-Peyroz*, *Bull. Joly* 2002, p. 721, n° 163 ; 2 juin 2003, *Rachula*, *RJF* 11/03, n° 1257. Fiscalement, la société créée de fait relève du même régime que celui de la société en participation (art. 238 bis L CGI ; *supra* n° 600 ; notamment une société créée de fait non déclarée à l'administration fiscale n'est pas opposable à cette dernière : Com. 30 janv. 2001, *Troader*, *Bull. Joly* 2001, p. 521, n° 135, J.-J. Daigre). Le décès de l'un des associés n'entraîne pas l'imposition immédiate des bénéfices et plus-values si l'activité est poursuivie par les héritiers, CAA Nantes 20 avr. 2006, *Catelli-Carissan*, *Dr. fisc.* 2007, n° 14, comm. 372, concl. Ch. Hervouet. Elle bénéficie du principe de liberté d'affectation comptable (sur cette notion, *supra* n°s 4 et 13-1). Concernant l'incidence du statut fiscal d'une société créée de fait sur une procédure de vérification de comptabilité : Com. 26 mars 2002, *Orcin*, *Bull. Joly* 2002, p. 837, n° 188, obs. P. Serlooten. Son immatriculation est soumise au régime fiscal des transformations de sociétés (sur cette question, *supra* n° 104 ; exclusion du régime de faveur de report d'imposition d'une plus-value d'apport, art. 151 octies, *supra* n° 4) : TA Toulouse 29 avr. 2003, *Amans et SARL Musique d'Oc*, *Dr. fisc.* 2004, n° 7, comm. 237 ; *RJF* 6/04, n° 853 ; CAA Nantes 7 avr. 2004, *Monsigny*, *RJF* 6/04, n° 853.

4. Com. 13 mars 1984, D. 1985, p. 244, Y. Reinhard.

5. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, *RJDA* 1997, p. 925, n° 1352 (« apport en influence ») ; Com. 8 févr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 661, n° 151, R. Baillo (apports en industrie insuffisants) ; Com. 5 avr.

provient de l'activité commune, il n'est pas difficile de prouver la participation aux bénéfices ; plus délicate pourra être la preuve de la participation aux pertes ¹. Quant à l'*affectio societatis*, elle sera l'élément déterminant ², qui prend ici une coloration particulière : elle doit se manifester par une participation active sur un pied d'égalité ³ à la vie de l'entreprise ; on ne saurait se contenter d'une vague volonté d'association ⁴ ou d'une simple cohabitation entre personnes non mariées ⁵.

La Chambre commerciale, dans deux arrêts de principe du 23 juin 2004 ⁶, a précisé sa position de la façon suivante : « L'existence d'une société créée de fait entre concubins, qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter ; que ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres ; Attendu qu'en l'espèce, ayant constaté que Mme Y... ne faisait pas la preuve, qui lui incombait, que les concubins avaient eu l'intention de s'associer pour la construction de l'immeuble dans lequel leur relation avait perduré, la cour d'appel n'était pas tenue de répondre aux conclusions tendant à

2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1137, n° 251, R. Baillod (contrat de travail et non pas apport en industrie).

1. Com. 30 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1094, n° 273, P. Scholer ; Com. 16 juin 1998, *Dr. sociétés* 1998, n° 122, Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 1998, p. 1278, n° 382, S. Noémie ; *RTD com.* 1998, p. 854, Cl. Champaud et D. Danet (absence de pertes) ; Com. 20 janv. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 94, n° 43, L. Faugérolas ; *JCP* 1988, II, 20987, G. Goubeaux ; Com. 21 avr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 666, n° 218, A. Cuisance ; Civ. 1^{re}, 11 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 472, n° 189, J. Vallansan (contribution aux pertes tirées de l'engagement de caution pris par un concubin) ; Aix 26 sept. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 262, n° 98, E. Lepoutre (capitaine de navire).

2. V. par ex. Civ. 1^{re}, 3 déc. 2008, *BRDA* n° 1-2009, p. 2.

3. Com. 8 mars 1994, *JCP E* 1994, I, 363, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Saint-Denis 15 nov. 1992, *JCP E* 1993, I, 215, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain (soumission au chef de famille dans une société réunionnaise, rendant impossible la reconnaissance d'une société créée de fait) ; Civ. 1^{re}, 10 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 789, n° 255, B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 1998, p. 303, J.-J. Daigre ; *RTD com.* 1998, p. 338, Cl. Champaud et D. Danet ; Toulouse 21 juill. 1999, *JCP E* 2000, p. 731 (subordination juridique de la concubine).

4. Com. 9 nov. 1981, *Rev. sociétés* 1983, p. 91 (1^{re} esp.), Y. Chartier ; Com. 18 déc. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 326, n° 101, B. Saintourens ; Com. 8 janv. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 330, n° 102 ; Douai 9 mars 1979, *RTD com.* 1980, p. 554, n° 2, obs. Cl. Champaud ; Paris 6 avr. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 1168, n° 270, B. Saintourens.

5. Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, *Bull. civ. I*, n° 320, p. 223 ; *Dr. sociétés* 1995, n° 207, Th. Bonneau ; *JCP E* 1995, I, 505, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1995, p. 776, Cl. Champaud et D. Danet ; Civ. 1^{re}, 15 oct. 1996, *Dr. sociétés* 1997, n° 2, Th. Bonneau ; Com. 7 avr. 1998 ; *Bull. Joly* 1998, p. 792, n° 256, Y. Dereu ; Versailles 28 nov. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 147, n° 49, G.B. (concubins homosexuels) ; Paris 21 juill. 2002, *RTD com.* 2002, p. 678, Cl. Champaud et D. Danet (simple coopération professionnelle).

6. Arrêts publiés au Bulletin et dans le rapport annuel de la Cour, *Bull. Joly* 2005, p. 295 ; n° 49 s., J. Vallansan ; *JCP E* 2004, 1510, n° 9, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker, *Dr. sociétés* 2004, n° 163, F. G. Trébulle ; *Rev. sociétés* 2005, p. 131, F. X. Lucas ; D. 2004, p. 1976, A. Lienhard ; *RTD com.* 2004, p. 740, Cl. Champaud et D. Danet. La même solution avait été donnée par la 1^{re} Chambre civile, 12 mai 2004 (3 esp.) *JCP E* 2004, 1510, n° 8, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; D. 2004, p. 1672, A. Lienhard et *Rev. sociétés* préc. ; *RTD com.* 2004, p. 743, Cl. Champaud et D. Danet.

établir sa participation financière à la construction et à l'amélioration de cet immeuble, que cette constatation rendait inopérantes... ».

La preuve de la société créée de fait est toutefois facilitée quand elle incombe aux tiers, car « si l'existence d'une société créée de fait exige la réunion des éléments constitutifs de toute société, l'apparence d'une telle société s'apprécie globalement, indépendamment de la révélation de ces divers éléments »¹.

Cette reconnaissance de l'apparence², très favorable aux créanciers, ne joue cependant qu'à l'égard des tiers contractants ; entre associés, la nécessité de prouver l'existence des différents éléments constitutifs demeure. Comme l'a indiqué la Cour de cassation dans ses arrêts du 23 juin 2004, ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ils ne peuvent se déduire les uns des autres³.

616 Applications ◇ La question de savoir s'il y a société créée de fait ou non se pose soit à l'occasion d'une rupture de relations familiales, conjugales ou extra conjugales, lorsque l'un des associés demande le partage, soit à l'initiative d'un créancier qui veut poursuivre le règlement de son dû sur le patrimoine social.

La jurisprudence est très abondante en ce qui concerne les concubins (*supra*, n° 44)⁴. Elle ne s'est pas spécialement développée à propos des sociétés créées de fait *entre époux*, alors que depuis la loi du 23 décembre 1985 rien ne s'oppose plus à ce que deux époux soient associés dans une société créée de fait (*supra*, n° 48)⁵.

L'intérêt pratique de la question est le suivant : les époux mariés sous un régime de séparation de biens exploitent en commun le fonds de commerce appartenant au mari. Au bout de quelques années, ils divorcent. Seule la reconnaissance d'une

1. Com. 11 juill. 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 159, F. X. Lucas ; Com. 3 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 87, n° 21 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 242, J. Prieur ; Com. 11 juill. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 664, n° 215, P. Le Cannu ; *JCP E* 1989, II, 15415, n° 1, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 15 nov. 1994, *Dr. sociétés*, 1995, n° 23, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1995, p. 35, J.-F. Barbieri. Cf. M. de Gaudemar, *Théorie de l'apparence et sociétés*, *Rev. sociétés* 1991, p. 465, spéc. n°s 25 s.

2. La Cour de cassation a été jusqu'à admettre qu'un jugement rendu contre une société créée de fait (sic) pouvait être exécuté à l'encontre de personnes qui avaient laissé prospérer l'apparence d'une société entre eux, Civ. 2°, 22 mai 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 866, n° 183, B. Dondero.

3. V. égal. Com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 894, n° 201, P. Scholer ; Civ. 1^{re}, 26 janv. 1983, *Bull. civ. I*, n° 40, p. 34 ; Civ. 1^{re}, 3 juin 1997, *RJDA* 1997, p. 827, n° 1203 (entre le bénéficiaire d'une ouverture de crédit et une banque).

4. V. sur le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause en cas de rupture du concubinage, Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008 (2 esp. aboutissant à des solutions différentes), *D.* 2009, p. 140, J. J. Lemouland.

5. Cf. B. Maubru, *Les sociétés créées de fait entre époux*, in *Mélanges J. Derrupé*, 1991, p. 275 ; Com. 27 févr. 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 549, J.-F. Barbieri ; Com. 10 juillet 2007, *RTD com.* 2008, p. 343, Cl. Champaud et D. Danet, (le statut de conjoint collaborateur ne s'oppose pas à la qualification de société créée de fait).

société créée de fait permet à la femme de participer au partage des biens acquis en commun et du boni de liquidation ¹.

Une difficulté particulière s'est posée avec les **groupements momentanés d'entreprises** constitués le plus souvent en vue d'adjudications de travaux publics, et qui, quelquefois, désignent en leur sein une « entreprise-pilote ». Si l'une des entreprises cesse ses paiements, ses créanciers peuvent-ils réclamer solidairement paiement aux autres, en raison de l'existence d'une société créée de fait ? La jurisprudence après avoir admis facilement l'existence d'une telle société ² est revenue à une conception plus stricte, estimant généralement que l'*affectio societatis* faisait défaut ³.

Sur la distinction entre société créée de fait et situations voisines (indivision, contrat de travail ⁴, contrat de prêt ⁵...), v. *supra*, n° 44, *rappr. supra*, n° 599 ⁶.

SECTION 2. LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT

617 Liquidation ◇ Paradoxalement, la société créée de fait n'accède à la vie juridique que pour disparaître ⁷. Il s'agit en effet de régler les conséquences de la rupture entre associés ⁸ ou de désintéresser les créanciers sociaux.

Comme pour toute liquidation de société (*supra*, n°s 116 s.) **chacun des associés reprend ses apports** ⁹, et les bénéfices et pertes sont répartis entre

1. V. par ex. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, II, 631, J. Massip. Cf. égal. Nancy 5 oct. 1989, *JCP E* 1990, II, 15784, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain (partage d'un immeuble).

2. Com. 19 oct. 1959, *D.* 1960, p. 205, R. Savatier ; *rappr.* pour une qualification de société en participation, Com. 20 nov. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 277, n° 59, J. Vallansan.

3. Com. 24 oct. 1966 (2 arrêts), *JCP* 1967, II, 15099, concl. Gégout ; Colmar (sol.) 17 avr. 1974, *JCP* 1974, II, 17832, J.-J. Burst ; Paris 26 avr. 1979, *JCP* 1980, II, 19282, P.L. ; Besançon, 18 mai 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 112, Y.G. Plusieurs propositions de loi sur les groupements momentanés d'entreprises, prévoyant expressément l'autonomie patrimoniale des entreprises adhérentes, ont été déposées, mais aucune n'a abouti. *Rappr.* M. Dubisson, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*.

4. Com. 5 avr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1137, n° 251, R. Baillod (contrat de travail) ; CE 17 juin 1992, *RJDA* 1992, p. 835, n° 1022 (société créée de fait en l'absence de lien de subordination).

5. Com. 24 sept. 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 2, F. G. Trébulle.

6. V. pour une société créée de fait entre avocats, société civile professionnelle et non société de moyens, Paris 20 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 450, n° 144, B. Saintourens. Comp. pour une société entre médecins, qualifiée de société de moyens et non de société créée de fait, Com. 23 oct. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 138, n° 26, P. Scholler.

7. *Mémento Lefebvre* n° 30416.

8. Sur la révocation du gérant d'une société créée de fait, Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000 (groupe *Gipsy Kings*) *D. aff.* 2000, p. 299, concl. J. Sainte-Rose ; *Dr. sociétés* 2000, n° 71, Th. Bonneau. V. pour la condamnation à des dommages-intérêts de l'auteur d'une rupture abusive, Com. 14 mars 1984, *Bull. Joly* 1984, p. 890, n° 333.

9. Sauf s'il s'agit d'apports en industrie, Civ. 1^{re}, 19 avr. 2005, *Dr. sociétés* 2005, n° 130, F. X. Lucas ; *Bull. Joly* 2005, p. 1276, n° 281, J. J. Daigre (droit à une part de la plus-value).

eux suivant les modalités dont ils étaient convenus (art. 1871, al. 2 C. civ.) ¹. À défaut, ce qui est souvent le cas, bénéfices et pertes sont répartis proportionnellement au montant des apports, et en cas d'impossibilité d'évaluation, par parts égales ². En application des règles sur le partage, rien n'interdit à la concubine de demander le bénéfice de l'attribution préférentielle ³.

Vis-à-vis des tiers, chacun des associés est tenu solidairement des obligations nées des actes accomplis en qualité d'associé par l'un des autres (art. 1872-1, al. 2 C. civ. ; si la société n'était pas commerciale, il n'y aurait pas solidarité) ⁴.

Les associés peuvent être déclarés en redressement ou en liquidation judiciaire, mais la société créée de fait ne pourrait pas l'être elle-même, ni bénéficier d'une procédure de sauvegarde, puisqu'elle n'est pas dotée de la personnalité morale (art. L. 620-2, al. 1) ⁵.

1. La fusion de deux sociétés créées de fait emporte leur dissolution et entraîne les effets fiscaux des cessations d'entreprise, R.M. JO déb. AN 5 nov. 1990, p. 5137 ; *Bull. Joly* 1990, p. 1073, n° 353 (*supra* n° 127).

2. Civ. 1^{re}, 27 avr. 1966, *Bull. civ.* I, n° 253, p. 196.

3. Civ. 1^{re}, 4 nov. 1983, *préc. Bull. civ.* I, n° 256, p. 230, *RTD civ.* 1984, p. 756, n° 3, J. Patarin ; Paris 31 oct. 2007, *RTD com.* 2008, p. 113, Cl. Champaud et D. Danet.

4. Les associés seraient tenus conjointement, Civ. 1^{re}, 30 janv. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 72, Th. Bonneau (associés membres de professions libérales).

5. Cf. par ex. Com. 23 nov. 2004, *Dr. sociétés* 2005, n° 29, J. P. Legros. Cf. J. Cl. Hallouin, *Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, *JCP N* 1989, I, 178. De même, faute de personnalité morale, la société créée de fait ne peut pas être titulaire d'un bail commercial, Civ. 3^e, 28 juin 1989, *Rev. sociétés* 1989, 718, Y.G.

TITRE 5

LE GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE (GIE)¹

618 Origines ◇ C'est l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 qui a institué les groupements d'intérêt économique (GIE)² afin que les entreprises, pour s'adapter aux dimensions d'un marché élargi, puissent mettre en commun certaines de leurs activités (comptoirs de vente, bureaux d'exportation ou d'importation, organismes de recherche...), tout en conservant leur individualité et leur autonomie³.

À l'époque, aucune des structures juridiques existantes, société ou association, n'était en effet parfaitement adaptée. Les formalités de constitution des *sociétés*, leurs règles de fonctionnement étaient souvent considérées comme trop rigides pour ce genre d'opérations et, surtout, à une époque antérieure à la réforme de 1978 (*supra*, n° 35), le but de la société ne pouvait être que la recherche et le partage de bénéfices. Quant à l'*association*, elle présente l'inconvénient majeur de ne pas procurer la pleine capacité juridique (*supra*, n° 37).

1. Y. Guyon et G. Coquereau, *Le groupement d'intérêt économique, régime juridique et fiscal*, 2^e éd. Dalloz 1973 ; C. Lavabre, *Le groupement d'intérêt économique, une expérience de liberté contractuelle*, préf. J. Delmas, *Librairies techniques* 1972 ; I. Goaziou, *Le GIE et la classification des personnes morales de droit privé*, thèse dactyl. Toulouse 2000.

2. L'appellation « groupement d'intérêt économique » et le sigle « GIE » ne peuvent être utilisés que par les groupements soumis aux dispositions de l'ordonnance du 23 sept. 1967. L'emploi illicite de cette appellation, de ce sigle ou de toute expression de nature à prêter à confusion avec ceux-ci serait sanctionné pénalement (art. L. 251-23, al. 1).

3. Cf. Rapport au président de la République, précédant l'ordonnance, D. 1967, L. 361.

D'où l'idée d'offrir aux opérateurs un cadre juridique intermédiaire entre la société et l'association, le groupement d'intérêt économique, à une époque où la SAS n'existait pas encore (*supra*, n^{os} 595-1 s.).

Immédiatement, les GIE ont obtenu un très grand succès puisqu'entre 1969 et 1973 plus de mille se sont créés chaque année, et de 1968 à 1977 plus de 9 000 ont été immatriculés, et seulement un millier radiés ¹. Cet engouement de l'époque s'explique par les caractéristiques des groupements d'intérêt économique.

619 Caractéristiques ◇ Une **très grande liberté** est laissée à la convention des parties pour l'organisation du groupement. Sont seules posées quelques règles précises pour l'administration et le contrôle, ainsi que pour la dissolution et la liquidation. Cette souplesse est particulièrement attrayante si on la compare à la rigidité des sociétés commerciales telle qu'elle résulte des textes de 1966-1967.

Le GIE a la **personnalité morale** et il est doté de la pleine capacité juridique. Il n'est pas réservé aux seuls commerçants, et doit avoir pour objet le prolongement de l'activité économique de ses membres. Il n'a pas pour but la réalisation de bénéfices, mais il ne lui est pas interdit d'en réaliser et, s'il y en a, ses membres se les partagent.

Le groupement peut même se constituer sans capital, mais pour la sécurité des tiers, les membres sont tenus des dettes du GIE indéfiniment et solidairement.

Les GIE se sont surtout développés dans les domaines du bâtiment et des travaux publics (en particulier entre artisans), du commerce et dans le secteur tertiaire (banques, assurances ², bureaux d'études...) ³. Certains ont connu un succès spectaculaire : « groupement des cartes bancaires CB » ⁴, Euromissile, Airbus industrie ⁵, le PMU.

1. Cf. M. Claret et J. Latscha, *Esquisse d'un bilan pratique des groupements d'intérêt économique*, *Rev. sociétés* 1978, p. 46 ; J. Guénot, *Dix ans de pratique des groupements d'intérêt économique*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, *Librairies techniques* 1978, p. 335.

2. GIE entre la COFACE et la SFAC pour offrir aux entreprises des assurances contre les impayés (21 janv. 1991).

3. M. Claret et J. Latscha, *préc.*, p. 48.

4. Sur la possibilité d'action civile du GIE en cas de fraude, Paris 28 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, I, 464, J.-P. Marchi ; *RTD com.* 1990, p. 62, n° 17, E. Alfandari et M. Jeantin. Sur les griefs de pratiques anticoncurrentielles du groupement CB, cf. Conseil de la concurrence 11 oct. 1988, *RTD com.* 1989, p. 102, n° 9, M. Cabrillac et B. Teyssié et 3 mai 1989, p. 580, n° 32, P. Bouzat ; Paris 20 sept. 1989, *JCP E* 1989, I, 18997 ; Paris 26 avr. 1990, *Dict. permanent Dr. affaires*, *Bull.* n° 277, p. 3733. Rapp. Paris (réf.) 12 janv. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, I, 470, J.-P. Marchi (*GIE Internougat*).

5. *Airbus Industrie* avait été constitué sous forme d'un GIE de droit français qui rassemblait quatre partenaires industriels de nationalités différentes : *Aérospatiale* (France), *British Aerospace* (Grande-Bretagne), *Deutsche Airbus/MBB* (RFA) et *CASA* (Espagne). Le GIE a été transformé en SAS en juin 2000.

620 Déclin ◇ À partir de 1974, un certain tassement s'est cependant opéré, avec seulement 800 GIE environ immatriculés chaque année et de nombreux groupements en sommeil prolongé, mais non radiés ¹. La crise économique liée au premier choc pétrolier de 1973 a incontestablement freiné la constitution des groupements, comme d'ailleurs celle des sociétés. De plus, certains inconvénients ont paru dirimants, comme la non-reconnaissance par la Cour de cassation du bénéfice de la propriété commerciale (*infra*, n° 625) ou surtout la responsabilité indéfinie et solidaire des membres (*infra*, n° 630) ². Enfin, la nouvelle définition de la société (art. 1832 C. civ.), donnée en 1978 (*supra*, n° 39), qui permet de constituer une société même pour ne partager que des économies, prive le GIE de l'exclusivité qu'il avait jusqu'alors, à tel point que certains se sont demandés s'il n'était pas devenu une société à statut particulier ³.

En cas de difficulté d'interprétation, ce sont les règles du droit des obligations qui doivent en principe s'appliquer. Toutefois, la loi du 13 juin 1989 a introduit des solutions directement issues du droit des sociétés (actes de la période constitutive, causes de nullité et régime de l'action en nullité...) ce qui a enlevé au GIE le caractère purement contractuel qu'il avait jusqu'alors.

Le choix peut être par exemple difficile entre l'institution d'une filiale commune (*infra*, n° 646) et la constitution d'un groupement d'intérêt économique lorsque deux sociétés souhaitent coopérer dans tel ou tel secteur (distribution, recherche, étude de marchés...). D'autres entreprises peuvent préférer constituer une société en participation (*supra*, n° 601) ou une SAS (*supra*, n°s 595-1 s.). Les membres des professions libérales peuvent hésiter entre la société civile de moyens (*supra*, n° 10), une SEL (*supra*, n° 10), une SEL sous forme de SAS (SELAS, *supra*, n° 595-2) et le GIE ⁴.

621 Regain ◇ Une timide relance des GIE est intervenue grâce à la loi du 13 juin 1989 ⁵, prise en application du règlement du Conseil des Ministres des Communautés européennes en date du 25 juillet 1985. En effet, la loi a non seulement précisé les conditions de création, à compter du 1^{er} juillet 1989, et de fonctionnement du groupement européen d'intérêt économique (GEIE, *infra*, n°s 634-1 s.), mais elle a aussi sérieusement rénové le GIE français, en reconnaissant notamment au groupement dont l'objet est commercial la possibilité de faire de manière habituelle et à titre principal

1. M. Claret et J. Latscha, *op. cit.*, p. 47.

2. Cf. Y. Guyon, *Les obstacles juridiques au développement des groupements d'intérêt économique, Rev. sociétés* 1978, p. 25.

3. Y. Guyon, n° 538.

4. Cf. également Y. Chartier, *Sociétés coopératives et groupements d'intérêt économique, étude comparée, Rev. sociétés* 1974, p. 601.

5. Cf. Y. Guyon, *La loi du 13 juin 1989 sur le groupement français et le groupement européen d'intérêt économique (GIE et GEIE)*, ALD 1989, p. 169 ; D. Lepeltier, *La réforme du groupement d'intérêt économique*, *Bull. Joly* 1989, p. 939, n° 328. Pour une formule de contrat (avec capital) cf. E. Buttet, *Bull. Joly* 1989, p. 855.

tous actes de commerce pour son propre compte et d'être titulaire d'un bail commercial ¹.

SECTION 1. LA CONSTITUTION DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

§ 1. Conditions de fond

622 Objet ◇ Aux termes du nouvel article 1^{er} de l'ordonnance du 23 septembre 1967, devenu art. L. 251-1 C. com., le GIE doit avoir pour but de « *faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci* » ².

Il en résulte que le groupement ne peut être qu'un prolongement de l'activité de ses membres ³, puisqu'il doit la faciliter, la développer, ou permettre d'en améliorer ou d'en accroître les résultats. C'est une différence essentielle avec les sociétés qui peuvent avoir un objet quelconque dès lors qu'il est licite (*supra*, n° 54) ⁴. Le GIE ne peut donc pas se substituer à l'activité de ses membres, et leur ôter toute activité propre ⁵.

Le GIE doit avoir un **but économique**, ce qui s'entend de toute activité se rapportant à la production, à la distribution, à la consommation des richesses et qui englobe notamment l'activité des professions libérales ⁶.

Un magasin collectif de commerçants indépendants peut se constituer sous forme de GIE (ou de SA à capital variable ou de société coopérative de commerçants détaillants). V. la loi n° 72-651 du 11 juillet 1972, intégrée dans le Code de commerce sous les articles L. 125-1 s., qui s'applique aux personnes physiques ou morales réunies dans une même enceinte, sous une même dénomination, pour

1. J.-Y. Trochon, *Le groupement d'intérêt économique (GIE/GEIE) est-il un véhicule juridique approprié pour conduire des coopérations industrielles européennes ?* Dalloz Affaires 1996, p. 699. Rapp. la transformation en juin 2000 du GIE Airbus Industrie en SAS pour mieux affronter la concurrence internationale.

2. Sur le défaut de caractère auxiliaire entraînant la nullité du groupement, Com. 13 nov. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 407, n° 72, B. Lecourt ; *Rev. sociétés* 2004, p. 369, P. H. Conac ; *Dr. sociétés* 2004, n° 55, F. X. Lucas ; *RTD com.* 2004, p. 120, L. Grosclaude ; Paris 21 mars 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1070, n° 217, P. Scholer.

3. À défaut, il serait une société de fait, Paris 30 mai 2008, *BRDA* n° 19-2008, p. 4.

4. T. com. Paris 23 févr. 1970, *JCP* 1970, II, 16335, Y. Guyon.

5. R.M. JO déb. Sénat 13 sept. 1977, p. 2194, *Rev. sociétés* 1977, p. 773. Comp. Com. 6 juin 1977, *Rev. sociétés* 1977, 742, J. Guyénot ; Paris 12 déc. 1990, *RTD com.* 1992, p. 415, E. Alfandari et M. Jeantin (commissaires-priseurs) ; Crim. 20 nov. 2001, *Rev. sociétés* 2002, p. 88, Y. Guyon (activité d'expertise-comptable).

6. Art. L. 251-2 Cf. J. Guyénot, *Une typologie de l'objet et de la finalité des groupements d'intérêt économique dans l'application pratique*, *Gaz. Pal.* 1981, II, doct. 466.

exploiter selon des règles communes, le fonds de commerce de leur entreprise immatriculée au répertoire des métiers, sans en aliéner la propriété.

En revanche, des commerçants détaillants qui se groupent en vue de fournir à leurs membres les marchandises, denrées ou services ainsi que les locaux, l'équipement ou le matériel nécessaire à l'exercice de leur commerce, ou de leur faciliter l'accès aux divers moyens de financement et de crédit, ou encore de les assister en matière de gestion technique, financière et comptable, ne peuvent pas se constituer sous forme de GIE. Ils doivent, à peine de sanctions pénales, adopter la forme de la société anonyme à capital fixe ou variable (art. L. 124-15-1) ¹.

Le GIE ne peut émettre des obligations que s'il est lui-même composé exclusivement de sociétés qui satisfont aux conditions posées par le livre II du Code de commerce ou d'associations autorisées (art. L 251-7).

L'objet du GIE peut être **civil ou commercial**. L'immatriculation du groupement qui a lieu obligatoirement au registre du commerce et des sociétés (*infra*, n° 626) n'entraîne aucune présomption de commercialité (art. L. 251-4). Ce qui compte pour déterminer le caractère civil ou commercial du groupement c'est donc uniquement l'activité qu'il exerce réellement ².

L'objet du GIE doit être rédigé avec précision car les dirigeants du groupement disposent de pouvoirs très étendus, mais seulement pour les actes entrant dans cet objet (*infra*, n° 627) ³.

Enfin le GIE doit avoir un **objet licite** ⁴. Il ne saurait notamment servir à abriter une mauvaise entente ou permettre un abus de position dominante (art. L. 420-1) ⁵.

1. C. Serna, *Sociétés coopératives de commerçants détaillants et magasins collectifs de commerçants indépendants*, *Rev. sociétés* 1972, 442 ; Y. Guyon, *Les groupements d'intérêt économique dans le commerce de détail, après les lois du 11 juill. 1972*, *D. 1973*, chron. 91.

2. Orléans 9 oct. 1972, *Rev. sociétés* 1973, 714, J. Guyénot ; *JCP* 1973, II, 17508, Y. Guyon ; Paris 9 déc. 1987, *Bull. Joly* 1988, p. 89, n° 22 ; *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 99, M. Jeantin et A. Viandier (nullité de la clause compromissoire passée entre un GIE à objet civil et un commerçant, comme insérée dans un acte mixte) ; Amiens 15 janv. 1988, *JCP E* 1989, II, 15423, n° 16, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 21 févr. 1990, *JCP E* 1990, II, 15784, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1991, p. 260, n° 35, E. Alfandari et M. Jeantin (caractère civil du PMU, compétence des juridictions civiles). Civ. 1^{re}, 12 janv. 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 334, Y. Guyon ; Paris 13 nov. 1996, *Dr. sociétés* 1997, n° 34, D. Vidal ; *Bull. Joly* 1997, p. 145, n° 48, D. Lepeltier ; Paris 11 juin 1997, *D. aff.* 1997, p. 898 (clause attributive de compétence).

3. Com. 8 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 13, p. 8 ; *JCP E* 1992, I, 145, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *rapp. Com.* 6 juin 1977, *Bull. civ. IV*, n° 162, p. 139.

4. Sur la nullité absolue d'un GIE ayant un objet réel illicite (ramassage d'huiles usagées), Com. 7 févr. 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 349, n° 121 ; *JCP E* 1989, II, 15562, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain. *Rapp. sur l'impossibilité pour un GIE d'exercer une activité de courtage d'assurance* (art. R. 511-2 C. assurances) et sa requalification en société créée de fait, Paris 6 oct. 1987, n° 21 ; Paris 7 nov. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 44, D. Vidal (convention de trésorerie).

5. *Les groupements d'intérêt économique et le droit de la concurrence*, *Bull. Joly* 1981, p. 209 ; v. sous l'empire de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, par ex. TGI Castres 13 mars 1970, *D. 1970*, p. 358, C. Lavabre ; Colmar 11 juill. 1973, *D. 1973*, p. 748, C. Lavabre et avis de la Commission technique des ententes et des positions dominantes du 10 janv. 1973 ; Paris 1^{er} oct. 1980, *D. 1983*, IR, 222, C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac ; en application de l'ord. du 1^{er} déc. 1986, Cons. conc. 3 déc. 1991, *BOCCRF* 1992, 33 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 121, Y.G. ; Paris 6 déc.

623 Membres du groupement ¹ ◇ Le GIE doit comprendre au moins deux membres, qui peuvent être des personnes physiques ou morales (art. L. 251-1, al. 1^{er} ; sociétés, associations, autres GIE...) ² et qui doivent exercer une activité économique (*supra*, n° 622).

Les membres du groupement doivent avoir la pleine capacité civile. Bien qu'étant responsables indéfiniment et solidairement des dettes, ils n'ont pas de ce fait la qualité de commerçant ³, et il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient la capacité d'exercer le commerce. Depuis la loi du 23 décembre 1985, qui a supprimé l'interdiction pour deux époux de faire partie d'une même société dans laquelle ils répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, l'argument d'analogie parfois invoqué a disparu, et rien ne s'oppose à ce que deux époux participent à un même GIE.

624 Capital ◇ Le GIE a la liberté de se constituer **sans capital** (art. L. 251-3, al. 1). Cette faculté serait utilisée par près de 75 % de groupements, et seulement 3 % auraient un capital dépassant 15 000 € ⁴. Cette possibilité d'absence de capital a comme contrepartie que tous les membres du GIE sont tenus indéfiniment et solidairement du passif sur leur patrimoine propre (art. L. 251-6, *infra*, n° 630). Mais rien n'interdit de prévoir dans le contrat que les participants au groupement devront réaliser des apports en numéraire, en nature ou en industrie.

1990, *RTD com.* 1992, p. 415, E. Alfandari et M. Jeantin (diffusion d'un barème de prix) ; Paris 17 sept. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1219, n° 397, D. Allix ; *Dr. sociétés* 1992, n° 247, Th. Bonneau (entente de géomètres-experts) ; Com. 16 mai 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 575, Y. G. ; *RTD com.* 1995, p. 812, n° 24, E. Alfandari et M. Jeantin (GIE entre sociétés coopératives), cons. concur. 21 déc. 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 408, Y. Guyon. Sur les conditions de saisine du Conseil de la concurrence, cf. décision 29 juin 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 881, Y. Guyon.

1. Sur la preuve de la qualité de membre, Paris 11 févr. 2000, *Rev. sociétés* 2000, p. 382, Y. Guyon.

2. Sur la participation des personnes de droit public à des GIE cf. C. Lavabre, *JCP* 1974, I, 2609 et Décret du 21 mai 1973 ; sur les conditions de participation d'une commune à un GIE, R.M. JO déb. AN 23 août 1993, p. 2659, *Rev. sociétés* 1993, p. 912. Rapp. bien qu'il ne s'agisse pas de véritables GIE, à propos des groupements d'intérêt public, A. Cordoliani, *Une nouvelle formule de groupement : le GIP*, *JCP CI* 1983, 14045 et lois des 15 juill. 1982 (art. 21) et 26 janv. 1984 (art. 45) tendant à développer des activités de recherche, de développement technologique ou des activités de caractère scientifique, technique... Cf. R. Muzellec et V. Nguyen Quoc, *Les groupements d'intérêt public*, *Economica* 1993 ; Y.L. Gégout, *Les groupements d'intérêt public constitués dans le domaine de l'action sanitaire et sociale*, *Petites Affiches*, 25 janv. 1989, p. 13 ; E. Alfandari in *RTD com.* 1991, p. 611, n° 22, et 1992, p. 417 ; F. Bourgeois et M. Lecerf, *Quel cadre juridique pour le partenariat secteur public-secteur privé ? GIP ou GI. ?* *JCP E* 1995, I, 418 ; L. 25 juill. 1994 (art. 22) ; L. 2 févr. 1995 (art. 57) ; *RTD com.* 1995, p. 813, n° 25, E. Alfandari et M. Jeantin ; Cons. const. 21 juin 1993, *RTD com.* 1993, p. 688, E. Alfandari (inconstitutionnalité d'un GIP créé par une loi de finances).

3. T. com. Paris 5 déc. 1979, *RJ com.* 1983, p. 20, P. de Fontbressin.

4. Y. Guyon n° 533.

Les services accomplis par le groupement sont facturés à ses membres et il est usuel que ceux-ci versent des cotisations pour assurer le financement ¹.

625 Personnalité morale ◇ Le GIE jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (art. L. 251-4 ; *infra*, n° 626) ². A défaut, si les conditions en sont réunies, il devrait être possible de reconnaître l'existence d'un GIE de fait ³ ou d'une société créée de fait ⁴.

Depuis la loi du 13 juin 1989, les personnes qui ont agi au nom d'un GIE en formation, avant son immatriculation, sont tenues solidairement des actes qu'elles ont accomplis, à moins que le groupement, après avoir été régulièrement constitué et immatriculé, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par le groupement. L'article L. 251-4 étend ainsi aux GIE les solutions du droit des sociétés contenues dans l'article L. 210-6 (*supra*, n°s 77 s.).

Comme les sociétés, le groupement a donc un patrimoine, un siège, une nationalité et une dénomination.

Tous les actes et documents émanant du groupement et destinés aux tiers, doivent indiquer, sous peine de sanctions pénales, sa dénomination suivie des mots « groupement d'intérêt économique » ou du sigle « GIE » (art. L. 251-17).

Cependant la jurisprudence, sans nier la personnalité du groupement, en a pendant longtemps restreint la portée. Se fondant sur une certaine transparence juridique ⁵ (le GIE ne réalise pas de bénéfices pour lui-même, il n'a pas d'activité distincte de celle de ses membres, qui sont tenus indéfiniment du passif) et sur sa transparence fiscale ⁶, les arrêts ont considéré que la personnalité des GIE était moins affirmée que celle des sociétés. Et la Cour de cassation, malgré de vives critiques doctrinales, a considéré qu'un groupement ne possédant pas de clientèle propre, ne pouvait être titulaire d'un

1. Cf. Paris 4 déc. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 197, n° 63, D. Lepeltier.

2. Sur les conséquences d'un engagement souscrit par un administrateur au nom d'un GIE non encore immatriculé (avant L. 13 juin 1989), Paris 19 nov. 1981, *D.* 1982, IR, 267 ; *JCP CI* 1982, 10923 n° 9, Y. Guyon et G. Coquereau. Cf. Com. 30 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 631, n° 26 et P. Le Cannu, *À propos des GIE non immatriculés*, *Bull. Joly* 1987, p. 825 ; Versailles 20 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996, p. 221, n° 74, C. Priéto (actes de procédure accomplis par un GIE en formation).

3. Com. 7 janv. 1997, *RJDA* 1997, n° 526.

4. Colmar 18 mars 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 597, n° 128, F. Dannenberger.

5. Cf. TGI Orléans 8 janv. 1980, *préc. D.* 1980, p. 176, Y. Guyon ; *RTD com.* 1980, p. 113 n° 12, E. Alfandari et M. Jeantin.

6. Le régime fiscal des GIE est en principe celui des sociétés de personnes (art 239 quater CGI, v. *supra*, n° 13-1). CE 27 avr. 1994 (2^e esp.), *RJF* 6/94, n° 723 ; 4 avr. 1997, *Sté Kingroup Inc.*, *D.* 1997, p. 490. G. Hamonic-Gaux. G. Goulard, *Imposition des groupements d'intérêt économique*, *RJF* 7/94, chr. p. 446. Exceptionnellement, un GIE peut relever de l'IS : CAA Douai 14 déc. 2004, *Centre hospitalier de Beauvais*, *Dr. fisc.* 2005, n° 28, comm. 533 ; 29 août 2008, *Joseph Kadouch*, *RJF* 12/08, n° 1353. Sur le cas particulier des GIE dits « fiscaux », H. Israël et B. Knadjian, *Les nouvelles opportunités offertes par le régime des GIE fiscaux*, *Nouvelles fiscales* 1^{er} juill. 2007, n° 983, étude p. 20.

fonds de commerce et ne pouvait donc bénéficier de la propriété commerciale ¹. La loi du 13 juin 1989 a mis un terme à cette jurisprudence contestable, qui était un frein très sérieux au développement des GIE (*supra*, n° 620). L'article L. 251-4 dispose en effet que le GIE dont l'objet est commercial peut faire de manière habituelle et à titre principal tous actes de commerce pour son propre compte et *peut être titulaire d'un bail commercial* (al. 1^{er}), alors pourtant qu'il n'a pas la qualité de commerçant ².

§ 2. Conditions de forme et de publicité

626 Formalités ◇ Le contrat de GIE doit être constaté par un *acte écrit*, sous seing privé ou authentique (en cas d'apport d'immeuble par exemple). Il doit notamment contenir les indications prévues par l'article L. 251-8 : dénomination du groupement, identité des membres, durée pour laquelle le groupement est constitué, objet du groupement et adresse de son siège. Le contrat doit en outre contenir les indications relatives à son fonctionnement. Il peut être complété par un règlement intérieur ³.

Les fondateurs n'ont pas à insérer un avis de constitution dans un journal d'annonces légales. Il leur suffit de déposer au Centre de formalités des entreprises (*supra*, n° 66), qui les transmettra au greffe du tribunal de commerce, le contrat constitutif du GIE et les actes de nomination de ses organes, si ceux-ci ne sont pas désignés dans le contrat (art. R. 123-103).

Le groupement doit nécessairement être immatriculé au registre du commerce et des sociétés, même s'il a un objet purement civil, cette immatriculation n'entraînant pas présomption de commercialité (art. L. 251-4, al. 1). Le GIE n'acquiert la jouissance de la personnalité morale, comme les sociétés, qu'à dater de son immatriculation (art. L. 251-4, al. 1) ⁴.

Dans les huit jours de l'immatriculation, le greffier doit publier un avis au BODACC (art. R. 123-155 s.) ⁵.

1. Civ. 3^e, 18 févr. 1975, D. 1975, p. 366, Y. Guyon ; RTD com. 1975, p. 275, n° 1, M. Pédamon. *Adde* sur les conséquences de cette « transparence » en droit social, Douai 5 oct. 1972, JCP 1974, II, 17704, Y. Guyon ; TGI Paris 2 juin 1987, Bull. Joly 1987, p. 793, n° 327 ; J. Guyénot, *Application du droit du travail et du droit de la sécurité sociale aux groupements d'intérêt économique*, Rev. sociétés 1978, p. 61.

2. Cf. M. Pédamon, RTD com. 1989, p. 649, n° 1. La question demeure de savoir si un GIE peut être titulaire d'un fonds de commerce, en l'absence d'une clientèle autonome ; cf. P. Le Cannu, *À propos du projet de loi n° 428 relatif aux GEIE et aux GIE*, Bull. Joly 1989, p. 239, n° 76.

3. Com. 21 nov. 1989, Bull. Joly 1990, p. 91, n° 18, P.L.C.

4. Com. 7 janv. 1997, Bull. Joly 1997, p. 325, n° 130, P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1997, n° 40, Th. Bonneau (prétendu GIE de fait non immatriculé).

5. Cf. J. Guyénot, *Les modalités de la publicité de constitution des groupements d'intérêt économique*, Gaz. Pal. 1983, II, doct. 294 ; *La publicité et les sanctions des règles de constitution des groupements d'intérêt économique comparées à celles des sociétés civiles et commerciales*, Gaz. Pal. 1984, I, doct. 268.

L'ordonnance, dans sa rédaction initiale, ne comportait aucune disposition relative aux nullités, de telle sorte qu'il convenait de faire application du droit commun des contrats.

La loi du 13 juin 1989 (*cf.* art. L. 251-5) est venue ici encore rapprocher les GIE des sociétés en leur étendant les dispositions des articles L. 235-1 (causes de nullité) et L. 235-3 (extinction de l'action en nullité) ainsi que des articles 1844-12 à 1844-17 du Code civil (régime des nullités applicables aux sociétés civiles) ¹.

C'est pourquoi la nullité des actes ou délibérations d'un GIE ne peut résulter que de la violation des dispositions impératives des textes régissant ces groupements ou de l'une des causes de nullité des contrats en général, le non-respect des statuts ne constituant pas une cause de nullité (art. L. 251-5) ².

SECTION 2. LE FONCTIONNEMENT DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

L'ordonnance du 23 septembre 1967, dans la ligne de son inspiration très libérale, n'impose que quelques dispositions pour l'organisation du fonctionnement du GIE. Elle a été légèrement amendée par la loi du 13 juin 1989.

Désormais, le Code de commerce prévoit son administration (§ 1). Il trace à grands traits un statut des membres du groupement (§ 2) et organise un contrôle (§ 3). Mais il laisse surtout une très large place à la liberté des parties.

§ 1. L'administration

627 Organisation ◇ Le Code de commerce impose la désignation d'un ou plusieurs administrateurs qui peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales. Lors de sa nomination comme administrateur, la personne morale doit désigner un représentant permanent dont le statut est calqué sur celui prévu pour les administrateurs de SA (art. L. 251-11, al. 1^{er} ; *cf. supra*, n° 376).

1. L'article L. 251-5 prévoit désormais que sont applicables aux GIE les articles 1844-12 et 1844-17 C. civ., alors que l'art. 3-1 de l'ordonnance visait les articles 1844-12 à 1844-17. La cour d'appel de Paris a jugé que la codification, opérant à droit constant, n'avait pas pu avoir pour effet de modifier les dispositions d'origine, 26 févr. 2002, *RJDA* 2002, p. 656, n° 782 ; D. 2002, p. 1208. Le non respect des dispositions statutaires ne peut pas être sanctionné par la nullité, seuls des dommages-intérêts pourraient être alloués, Com. 14 juin 2005, D. 2005, p. 1777, A. Lienhard.

2. Com. 14 juin 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1412, n° 307, P. Le Cannu ; *RTD com.* 2005, p. 782, M. H. Monsérié-Bon (révocation d'un administrateur dans le respect du principe de la contradiction).

Dans ses rapports avec les tiers, un administrateur engage le groupement pour tout acte entrant dans son objet ¹ et toute limitation de ses pouvoirs serait inopposable aux tiers (art. L. 251-11, al. 2).

Ces règles sont les seules qui doivent être impérativement respectées. En dehors d'elles, toute liberté est laissée aux membres du groupement pour organiser son administration : administrateurs choisis en dehors du groupement ou non, nomination à la majorité ou à l'unanimité, durée du mandat, cumul avec un contrat de travail ², conditions de révocation ³, rémunération ⁴, désignation d'un président ou non ⁵.

Le contrat ou, à défaut, l'assemblée des membres détermine les attributions et les pouvoirs des administrateurs. Les limitations de pouvoirs ne produisent effet que dans l'ordre interne.

Depuis la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises, dans les GIE qui, à la clôture d'un exercice social, auront employé au moins 300 salariés ou auront réalisé un chiffre d'affaires net d'au moins 18 millions €, les administrateurs sont tenus d'établir des documents de gestion prévisionnelle, qu'ils doivent analyser dans des rapports écrits sur l'évolution du groupement. Documents et rapports doivent être communiqués au commissaire aux comptes et au comité d'entreprise (art. L. 251-13 et L. 251-14).

§ 2. Les membres du groupement

628 Assemblées ◇ Ici encore, les règles impératives sont peu nombreuses. L'assemblée des membres du groupement est habilitée à prendre toute décision, y compris de dissolution anticipée ou de prorogation, dans les conditions déterminées par le contrat. Celui-ci peut prévoir que toutes les décisions ou certaines d'entre elles seront prises aux conditions de quorum et de majorité qu'il fixe. Dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité.

On peut très bien adopter le régime des assemblées de sociétés, en distinguant les décisions relevant de l'assemblée ordinaire, prises à la majorité simple, et les déci-

1. Com. 29 avr. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 630, n° 177-II ; comp. Paris 10 oct. 1986, *JCP E* 1987, 16122 n° 21, A. Viandier et J.-J. Caussain (membre d'un GIE ne pouvant représenter le groupement en justice). V. également *supra*, n° 511.

2. Soc. 17 sept. 2008, *JCP E* 2008, 2237, I. Beyneix et J. Rovinski (pas de contrat de travail en l'absence de lien de subordination).

3. Par transposition des règles applicables dans les SA, il a été jugé que la révocation d'un président de GIE, décidée sans qu'il ait pu présenter ses observations et entourée de mesures à caractère vexatoire ouvrirait droit à dommages et intérêts, Paris 29 janv. 2002, *RTD com.* 2002, p. 686, Cl. Champaud et D. Danet.

4. Sur le régime juridique des rémunérations versées aux administrateurs du GIE, R.M. JO déb. Sénat 28 janv. 1993, p. 139, *Rev. sociétés* 1993, p. 480.

5. Sur le fondement de la responsabilité pénale d'un président de GIE, abusant de ses fonctions en faisant payer aux membres du groupement des dépenses personnelles, Crim. 27 janv. 1986, *Rev. sociétés* 1986, 273, B. Bouloc.

sions relevant de l'assemblée extraordinaire, prises à une majorité renforcée ou à l'unanimité ¹.

En principe, chaque membre dispose d'une voix, mais le contrat pourrait attribuer à tel ou tel membre un nombre de voix différent de celui attribué aux autres.

Les conditions de tenue des assemblées, en particulier leur périodicité, sont fixées dans le contrat, mais l'assemblée doit être obligatoirement réunie à la demande d'un quart au moins du nombre des membres du groupement (art. L. 251-10, al. 1 à 3).

Toutes les décisions de modification du contrat doivent être publiées au registre du commerce et des sociétés pour être opposables aux tiers (art. L. 251-8-III).

629 **Droits des membres du groupement** ◇ Les membres du groupement profitent des services organisés par le GIE et participent à sa vie (vote aux assemblées).

Si des bénéfices sont réalisés, ils sont répartis entre les participants suivant les modalités prévues au contrat ².

Au cours de son existence, le groupement peut accepter de nouveaux membres dans les conditions fixées par le contrat constitutif. À défaut, l'unanimité serait requise. À la différence des associés d'une société commerciale, les membres d'un GIE bénéficient d'un **droit de retrait**, sous réserve d'avoir exécuté leurs obligations (art. L. 251-9, al. 2) et respecté les conditions qui peuvent figurer dans le contrat ³.

Le retrait implique une cession de part du groupement. Les droits des membres ne pouvant être représentés par des titres négociables (art. L. 251-3, al. 2), les formes de la cession sont celles des cessions de parts sociales dans les sociétés de personnes ⁴.

Bien que l'ordonnance n'ait pas envisagé l'**exclusion** éventuelle d'un des membres du GIE, rien n'interdit de prévoir cette possibilité dans le contrat (violation du règlement intérieur, violation grave du contrat) ⁵.

1. Com. 3 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 877, n° 313, G. Lesguillier ; *Dr. sociétés* 1995, n° 225, D. Vidal.

2. Le point de savoir si une partie des bénéfices peut être mise en réserves est discuté. Certains considèrent que les bénéfices sont directement acquis aux membres du GIE et qu'aucune mise en réserve n'est possible ; *Mémento Lefebvre* n° 30930 ; Y. Guyon et G. Coquereau, *op. cit.*, n° 156 ; Y. Chartier, p. 520. *Addé J. Richard, Le GIE et le sort de ses résultats depuis la loi n° 89-377 du 13 juin 1989, JCP E* 1989, II, 15633.

3. Serait nulle la disposition du contrat qui mettrait au retrait des conditions financières telles qu'elle rendrait impossible toute résiliation des adhésions, Com. 24 sept. 2003, *BRDA* n° 20-2003, p. 3. Sur la date d'effet d'une démission acceptée, Com. 8 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 10, p. 7 ; *RTD com.* 1991, p. 261, n° 37, E. Alfandari et M. Jeantin. Sur la clause de non-concurrence s'appliquant au membre qui se retire, Décision Conseil concur. 15 janv. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 391, Y. Guyon ; *Dr. sociétés* 1998, n° 14, D. Vidal.

4. G. Ripert et R. Roblot, n° 2058 ; cf. cependant Paris 24 nov. 1975, *JCP* 1976, II, 18267, R.J.

5. Com. 29 janv. 2008, *BRDA* n° 6-2008, p. 4 (exclusion en cas de modification dans le contrôle d'un membre) ; Com. 21 nov. 2000, *RJDA* 2001, p. 173, n° 180 ; Com. 7 juill. 1992, *Bull.*

Les modifications dans la composition du GIE doivent faire l'objet d'une inscription au registre du commerce et des sociétés pour être opposables aux tiers (art. L. 251-8-III) ¹.

630 Obligations des membres du groupement ◇ Les participants au GIE doivent libérer leurs apports s'ils se sont engagés à en faire et, de façon générale, respecter les engagements qu'ils ont pris en signant le contrat ou en adhérant au règlement intérieur (versement de cotisations, respect d'une clause de non-concurrence, mise à disposition de personnel) ².

Concernant les obligations des participants les uns envers les autres pour le paiement des dettes du groupement, c'est généralement le contrat qui fixe la part contributive de chacun ³ ; à défaut, un partage par parts égales devrait jouer.

À l'égard des tiers, les adhérents sont tenus des dettes du groupement, dès lors qu'elles entrent dans l'objet social, sur leur patrimoine propre, et ils sont solidaires (art. L. 251-6, al. 1) ⁴. Cette responsabilité des membres du groupement est très lourde, et elle est probablement un frein au développement des GIE (*supra*, n° 620), mais elle est la contrepartie de la possibilité d'absence de capital.

Une personne qui figure comme membre d'un GIE dans le contrat du groupement, ainsi que dans les mentions portées au registre du commerce et des sociétés, ne peut se soustraire à sa responsabilité vis-à-vis des tiers en tant que membre, au motif

Joly 1992, p. 1100, n° 359, A. Couret ; JCP E 1993, I, 218, A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 1993, p. 687, n° 16, E. Alfandari et M. Jeantin (nécessité de respecter les droits de la défense) ; Paris 8 avr. 1992, RJDA 1992, p. 685, n° 842 ; Rev. sociétés 1992, p. 558, Y. Guyon.

1. Sur les effets d'une démission non publiée, cf. Poitiers 14 févr. 1980, Rev. sociétés 1981, 629 (2^e esp.). Y. Guyon ; Paris 22 févr. 1985, Bull. Joly 1985, p. 539, n° 175 ; Com. 6 mars 1990, Bull. Joly 1990, p. 453, n° 110, P.L.C. ; JCP E 1990, II, 15838, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 1991, p. 55, Cl. Champaud et p. 262, E. Alfandari et M. Jeantin (mise en redressement judiciaire alors que le défaut de publication était imputable à une erreur du greffe) ; Com. 20 nov. 1990, Bull. Joly 1991, p. 88, n° 24, D. Lepeltier ; Paris 18 déc. 1991, RJDA 3-1992, p. 282, n° 212 (redressement judiciaire) ; et sur les conséquences de la non-inscription d'un membre au registre du commerce et des sociétés, Paris 6 déc. 1983, D. 1984, p. 499 (2^e esp.), J. Guyénot ; Bordeaux 21 mars 1991, Bull. Joly 1991, p. 1026, n° 358, J. Ph. Dohm (rôle de l'apparence).

2. Cf. Com. 12 mars 1989, Bull. Joly 1989, p. 626, n° 228 ; JCP E 1990, II, 15784, n° 16, A. Viandier et J.-J. Caussain. Sur les recours des membres du groupement les uns envers les autres et envers le GIE cf. Y. Guyon, note sous Bourges 17 mars 1981, Rev. sociétés 1981, 629, qui décide que, sauf convention contraire, la solidarité prévue par l'article L. 251-6 ne joue qu'à l'égard des tiers.

3. Com. 17 mai 1989, Bull. Joly 1989, p. 626, n° 228 ; JCP E 1990, II, 15784, n° 16, A. Viandier et J.-J. Caussain. Sur les recours des membres du groupement les uns envers les autres et envers le GIE cf. Y. Guyon, note sous Bourges 17 mars 1981, Rev. sociétés 1981, 629, qui décide que, sauf convention contraire, la solidarité prévue par l'article L. 251-6 ne joue qu'à l'égard des tiers.

4. Com. 3 juin 2008, Bull. Joly 2009, p. 396, n° 78, Q. Urban. Encore faut-il que le GIE soit immatriculé, Com. 30 juin 1987, préc. Bull. Joly 1987, p. 631, n° 260 ; JCP E 1987, II, 16959, n° 27, A. Viandier et J.-J. Caussain.

qu'elle n'aurait eu aucune activité économique au sein du GIE ou en prétendant que son appartenance audit groupement serait irrégulière ¹.

Toutefois, les créanciers du groupement ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un membre qu'après avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire (art. L. 251-6, al. 2) ². En outre, le cocontractant peut renoncer dans la convention qu'il passe avec le GIE au bénéfice de la solidarité (art. L. 251-6, al. 1).

Le nouveau participant est également responsable des dettes qui existaient antérieurement à son entrée dans le GIE ³, sauf si le contrat permet son exonération. Toutefois, cette décision d'exonération doit être publiée (art. L. 251-6, al. 1). Celui qui se retire est responsable des dettes contractées par le groupement jusqu'à l'inscription de son retrait au registre du commerce et des sociétés (*supra*, n° 629) ⁴.

Depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires du GIE, le jugement d'ouverture ne produit plus ses effets à l'égard des membres du groupement, et le tribunal n'a plus à ouvrir à l'égard de chacun d'eux une procédure de redressement (anc. art. L. 624-1 abrogé) ⁵. Toutefois, les membres du GIE restent tenus du passif social dans les termes du droit commun.

§ 3. Le contrôle

Le Code de commerce prévoit un double contrôle, un contrôle de la gestion et un contrôle des comptes (art. L. 251-12).

631 Contrôle de la gestion ◇ L'article L. 251-12, alinéa 1^{er} indique seulement que le contrôle de la gestion doit être confié à des personnes physiques. Ce contrôle porte sur la régularité et l'opportunité de la gestion. Il s'exerce dans les conditions prévues par le contrat constitutif du groupement

1. Com. 1^{er} mars 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 419 ; *RTD com.* 1988, p. 652, n° 17, E. Alfandari et M. Jeantin ; Com. 26 janv. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 211, n° 52 ; *JCP E* 1988, II, 15240, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. Com. 6 juin 1977, *préc.*, *Rev. sociétés* 1977, 742, J. Guyénot ; Com. 30 juin 1987, *RTD com.* 1988, p. 651, n° 16, E. Alfandari et M. Jeantin ; Civ. 2^e, 15 janv. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 711, n° 138, F. X. Lucas (procédure à respecter pour effectuer une saisie-attribution à l'encontre d'un membre du GIE). Cependant la mise en demeure préalable du GIE est inutile lorsque celui-ci est en redressement judiciaire, Com. 4 oct. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 249, p. 216 ; *RTD com.* 1985, p. 326, n° 19, E. Alfandari et M. Jeantin.

3. Rouen 26 avr. 1984, *Bull. Joly* 1984, p. 1200, n° 444.

4. Com. 10 mars 1987, *JCP E* 1987, 16342, n° 18, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1988, p. 651, n° 15, E. Alfandari et M. Jeantin ; Com. 15 juill. 1987, *JCP E* 1988, II, 15168, n° 18, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 9 nov. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 866, n° 358.

5. Le texte ancien reste applicable aux procédures ouvertes avant le 1^{er} janv. 2006 (art. 192, L. 26 juill. 2005).

(contrôleurs choisis parmi les membres du GIE ou non ; pouvoirs d'investigation ; durée des fonctions, rémunération...).

Si, exceptionnellement, le groupement émet des obligations, le contrôle de la gestion doit être exercé par une ou plusieurs personnes physiques, obligatoirement nommées par l'assemblée des membres du GIE, dont la durée des fonctions et les pouvoirs sont déterminés dans le contrat constitutif (art. L. 251-12, al. 2).

632 Contrôle des comptes ◇ Le contrôle de la régularité et de la sincérité des comptes est exercé dans les conditions prévues librement par le contrat constitutif (art. L. 251-12, al. 1).

Toutefois l'intervention d'un ou plusieurs **commissaires aux comptes** est obligatoire lorsque le GIE émet des obligations ou comporte au moins cent salariés à la clôture d'un exercice (art. L. 251-12, al. 3) ¹. Ces commissaires aux comptes sont nommés par l'assemblée pour une durée de six exercices. Toutes les règles concernant le commissariat aux comptes s'appliquent, y compris les sanctions pénales en cas d'observation des règles relatives à la nomination ou à la mission des commissaires (art. L. 251-12, al. 3 et L. 820-1).

Si le commissaire aux comptes relève à l'occasion de sa mission des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation il doit déclencher la procédure d'alerte interne instaurée par la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises et régie désormais par les articles L. 611-2 s. (cf. art. L. 251-15). Le pouvoir de déclencher l'alerte appartient également au comité d'entreprise ou aux délégués du personnel, lorsqu'ils ont connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise (art. L. 251-16).

SECTION 3. TRANSFORMATION, DISSOLUTION DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

633 Transformation ◇ S'il est expressément prévu qu'une société ou une association peut être transformée en un groupement d'intérêt économique sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle (art. L. 251-18) ², l'inverse n'était pas possible, dans le texte initial sans que le groupement perde sa personnalité (*supra*, n° 98). La solution s'explique par la spécificité du GIE, qui ne tend pas comme, le plus souvent, la société à la réalisation et au partage de bénéfices, et qui, à la différence de l'association, met en œuvre des moyens propres à faciliter ou développer l'activité économique de ses membres ³. Toutefois, depuis la loi du 13 juin 1989, un GIE

1. V. égal. art. 19 D. 1^{er} mars 1985 ; Paris 5 nov. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 213, n° 40, J.-F. Barbiéri ; *Rev. sociétés* 2000, p. 382, Y. Guyon (désignation à titre facultatif).

2. Com. 4 oct. 1994, *JCP E* 1995, I, 447, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. R.M. JO déb. AN 2 févr. 1981, p. 488 ; *Rev. sociétés* 1981, p. 445 ; R.M. JO déb. AN 14 janv. 1985, p. 149 ; *Rev. sociétés* 1985, p. 539 ; R.M. JO déb. AN 2 nov. 1987, p. 6090 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 154.

peut être transformé en société en nom collectif sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle (art. L. 251-18, al. 2).

La transformation d'un groupement d'intérêt économique en une société autre qu'une société en nom collectif sera donc très rare en raison de la lourdeur de son coût fiscal ¹.

634 Dissolution ◇ Le groupement d'intérêt économique est dissous par l'arrivée du terme, la réalisation ou l'extinction de son objet, la décision de dissolution anticipée prise en assemblée, la décision judiciaire de dissolution pour juste motif.

Il est également dissous en cas de décès de l'un de ses membres, ou s'il s'agit d'une personne morale, de dissolution de celle-ci, sauf stipulation contraire du contrat (art. L. 251-19).

Faute par le législateur d'avoir, comme pour les sociétés (*supra*, n° 26 s.), envisagé expressément la survie du GIE réduit à un seul membre, une telle situation constitue également une cause de dissolution ².

Enfin, le groupement est également dissous (art. L. 251-20) si l'un de ses membres est frappé d'incapacité, de faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale, ou une personne morale de droit privé non commerçante, sauf si la continuation a été prévue par le contrat ou si elle est décidée à l'unanimité par les autres membres du groupement.

La dissolution du GIE entraîne sa **liquidation**, et, comme en matière de société, la personnalité du groupement subsiste pour les besoins de la liquidation (art. L. 251-21) ³. Celle-ci s'opère conformément aux dispositions du contrat. À défaut, un liquidateur est nommé par l'assemblée des membres du groupement ou, si l'assemblée n'a pu procéder à cette nomination, par décision de justice. Après paiement des dettes ⁴, l'excédent d'actif est **partagé** entre les membres dans les conditions prévues par le contrat ; à défaut, la répartition est faite par parts égales (art. L. 251-22). Une publicité doit également être effectuée au registre du commerce et des sociétés, comme en matière de sociétés (art. R. 123-66 s.).

1. Concernant l'hypothèse d'un GIE qui se transformerait précisément en SNC, il existe un *particularisme fiscal* : en principe, les sociétés de personnes issues de la transformation de sociétés de capitaux intervenues depuis moins de quinze ans ne peuvent opter pour l'IS (art. 239 1-b CGI ; sauf option dans les premiers mois de la transformation) ; cette impossibilité ne s'applique pas à celles issues de la transformation d'un GIE qui n'était pas lui-même soumis à cet impôt (RM JO AN 22 déc. 2003, p. 9840). Sur le régime fiscal des transformations de sociétés, *supra* n° 104.

2. Comp. R.M. JO déb. AN 26 janv. 1981, 373, *Rev. sociétés* 1981, p. 222. Cf. Bull. Joly 1980, p. 61, *Un groupement d'intérêt économique peut-il être réduit à un seul membre ?* V. T. com. Nanterre 2 nov. 1988, RJ com. 1990, 173, C.H. Gallet.

3. CAA Lyon 9 juill. 2001, EURL Grigny Dessos, Bull. Joly 2002, p. 262, n° 54 (validité d'une vérification de comptabilité au cours de cette période).

4. Civ. 1^{re}, 16 juin 1981, Bull. Joly 1981, p. 736, n° 363.

SECTION 4. LE GROUPEMENT EUROPÉEN D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE (GEIE) ¹

634-1 Origines ◇ C'est afin de favoriser la coopération entre les entreprises des États membres de la CEE, entravée par un trop grand nombre de difficultés juridiques, fiscales ou administratives, que depuis le 1^{er} juillet 1989, l'arsenal juridique européen s'est doté d'un nouvel instrument, le groupement européen d'intérêt économique.

Le GEIE a été institué par le règlement du Conseil des Ministres des Communautés européennes en date du 25 juillet 1985 ². C'est la première fois, en Europe, qu'un outil de coopération transnationale directement rattaché au droit communautaire a été mis à la disposition des entreprises. L'étape suivante s'est concrétisée par l'adoption du règlement sur le statut de la société anonyme européenne du 8 octobre 2001 et de la directive du même jour relative aux salariés (*supra*, n^{os} 20 s.).

Le règlement instituant le GEIE, très fortement inspiré du droit français, en particulier quant à la souplesse de l'instrument, a renvoyé au droit des États membres en ce qui concerne certains points laissés optionnels (par exemple, l'octroi de la personnalité morale ou non au groupement) et ne comportait pas de dispositions sur certaines questions laissées au droit national, telle que la procédure de liquidation amiable.

La loi n° 89-377 du 13 juin 1989 a donc complété le règlement communautaire (articles L. 252-1 à L. 252-13) et apporté des améliorations au régime juridique du GIE français, créé par l'ordonnance du 23 septembre 1967 (*supra*, n^{os} 618 s.), en vue de le rendre aussi attrayant que le groupement européen.

Les deux premiers GEIE immatriculés ont été un groupement de trois cabinets d'avocats aux Pays-Bas et une association des télévisions européennes, groupant cinq sociétés de télévisions privées, à Bruxelles. Depuis 1989, 1 221 GEIE ont été constitués, principalement en Belgique (323) et en France (224) ³.

1. A. Pétélaud, *La construction de la communauté européenne et le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)*, *Rev. sociétés* 1986, 191 ; P. Woodland, *Le groupement européen d'intérêt économique : le regain du modèle français offre aux entreprises de la CEE un futur instrument de coopération*, *JCP* 1986, I, 3247 ; Y. Guyon, art. préc., *ALD* 1989, p. 169 ; E. Alfandari et M. Jeantin, *RTD com.* 1986, p. 118, n° 16 ; L. Idot et C. Saint Alary-Houin, *À propos du groupement européen d'intérêt économique et son introduction en droit français*, *Petites Affiches* 22 mars 1989 ; M. Vion, *Le groupement européen d'intérêt économique (GEIE)*, *Defrénois* 1989, art. 34572, 1^{re} partie, p. 945 ; C. Gavalda, *L'acculturation dans la législation française de la formule du GEIE*, in *Mélanges J. Deruppre*, 1991, p. 37. Cf. bibliographie thématique, *Rev. sociétés* 1989, 563. Pour une formule de contrat, cf. E. de Buttet, *Bull. Joly* 1990, p. 7.

2. Règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil du 25 juill. 1985, *JOCE* n° L. 199 du 31 juill. 1985 ; *JCP* 1985, III, 57523.

3. Source : Commission européenne.

634-2 Constitution ◇ Le GEIE doit être composé de deux membres au moins relevant de deux États différents de l'Union européenne. Ces membres peuvent être des personnes physiques, des sociétés et « autres entités juridiques de droit public ou privé » (art. 4 R.) ¹. Le groupement ne peut pas être membre d'un autre GEIE. Il lui est également interdit d'employer plus de cinq cents salariés (art. 3 § 2 R.).

L'objet du GEIE, qui peut être civil ou commercial, est identique à celui du GIE français : son but est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ; il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même (art. 3 § 1 R.) ².

Le GEIE peut être constitué avec ou sans capital ; il lui est interdit de faire publiquement appel à l'épargne, sous peine de sanctions civiles et pénales (art. 23 R., L. 252-10) et les droits de ses membres ne peuvent pas être représentés par des titres négociables (art. L. 252-3).

Le siège du groupement doit être obligatoirement situé dans un des pays de l'Union et il peut être transféré à l'intérieur de l'Union (art. L. 252-12, 13 R.).

Le contrat constitutif doit contenir les mentions traditionnelles relatives à la dénomination ³, au siège, à l'objet et à la durée du groupement si elle n'est pas indéterminée. Il doit également donner des indications sur chacun de ses membres (cf. art. 5 R.). Le GEIE, immatriculé en France, a la personnalité juridique ⁴ dès son immatriculation ⁵ au registre du commerce et des sociétés (art. L. 252-1).

634-3 Fonctionnement ◇ Le GEIE est administré par un ou plusieurs gérants, personnes physiques ou morales. Si une personne morale est nommée gérant, elle doit désigner un représentant permanent, personne physique, qui encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était gérant en son nom propre (art. L. 252-6).

Chacun des gérants engage le groupement envers les tiers, même si ses actes ne relèvent pas de l'objet du GEIE, à moins que le groupement ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait les limites de cet objet ou ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances. Les limitations de pouvoirs du ou des gérants sont inopposables aux tiers. Toutefois le contrat peut prévoir que le GEIE n'est valablement engagé que par deux ou plusieurs gérants agissant conjointement. Cette clause est opposable aux tiers dès lors qu'elle est régulièrement publiée (art. 20 R.).

1. Les universités peuvent participer à la création d'un groupement ou être admis dans un groupement existant, R.M. JO débats Sénat 3 janv. 1991, p. 22 ; Bull. Joly 1991, p. 201, n° 64.

2. Cf. R.M. JOCE N C 323, 13 déc. 1991 ; Dr. sociétés, 1992, n° 91.

3. CJCE 18 déc. 1997, Dr. sociétés 1998, n° 86, Th. Bonneau ; D. aff. 1998, p. 211, M. Boizard ; Bull. Joly 1998, p. 362, n° 122, B. Saintourens ; Rev. sociétés 1998, p. 157, Y. Guyon.

4. V. le commentaire de C. Champaud et P. Le Floch, RTD com. 1989, p. 469, n° 1.

5. Cf. arrêts du 20 juin 1989, D. 1989, L. 215 et du 9 avr. 1990, D. 1990, L. 211. Sur la protection de l'appellation « groupement européen d'intérêt économique » et du sigle « GEIE », cf. art. L. 252-12.

Les membres du GEIE peuvent prendre toute décision en vue de la réalisation de l'objet du groupement (art. 16 R.). Les décisions sont prises en assemblée, mais les statuts peuvent prévoir une consultation écrite (art. L. 252-4). En principe, chaque membre dispose d'une voix (cf. art. 17 R.).

Si les comptes du groupement font apparaître des bénéfices ¹, ceux-ci sont considérés comme bénéfices des membres et répartis entre eux dans les proportions prévues au contrat ou, à défaut, par parts égales (art. 21 R.).

Si le GEIE est dans l'incapacité d'acquitter ses dettes, ce sont les membres du groupement qui doivent en répondre indéfiniment et solidairement (art. 24 R.). Tout nouveau membre répond des dettes du groupement, même de celles qui sont nées avant son entrée. Cependant, une clause du contrat ou de l'acte d'admission peut l'exonérer des dettes antérieures, à condition qu'elle ait été régulièrement publiée (art. 26 R.). Quant à l'adhérent qui cesse de faire partie du groupement, il reste tenu des dettes antérieures à son retrait, l'action contre lui se prescrivant par cinq ans (art. 34 et 37 § 1 R.).

Les GEIE sont soumis aux obligations comptables et au contrôle des comptes applicables aux GIE français (art. L. 252-7).

634-4 Nullité ; transformation ; dissolution ◇ La nullité du GEIE ainsi que des actes ou délibérations de celui-ci ne peut résulter que de la violation des dispositions impératives du règlement CEE du 25 juillet 1985 ou de la loi du 13 juin 1989 ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet du groupement ; et il est fait application des articles 1844-12 à 1844-17 du Code civil (art. L. 252-9).

Toute société ou association, tout groupement d'intérêt économique peut être transformé en un GEIE sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle ². De même, un GEIE peut être transformé en un groupement d'intérêt économique de droit français ou une société en nom collectif, sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle (art. L. 252-8).

Le GEIE est dissous dans les cas prévus par les articles 31 et 32 du règlement ³. La dissolution du groupement entraîne sa liquidation, suivant les conditions fixées dans le contrat, mais la capacité du groupement subsiste, comme en matière de sociétés, pour les besoins de sa liquidation (art. 35 § 3 R.).

1. Fiscalement, les GEIE relèvent du même régime que les GIE (art. 239 quater C, CGI, *supra*, n° 625) ; Instr. 10 mai 1991, BOI 4 F-3-91, S. Dana-Démaret, JCP E 1990, II, 15820, n° 9).

2. Paris 14 févr. 2007, JCP E 2007, 1417.

3. Dans les hypothèses prévues à l'article 32-1, le tribunal doit prononcer la dissolution du groupement à la demande de tout intéressé ou du procureur de la République (R. 252-1).

TROISIÈME PARTIE

LES GROUPES DE SOCIÉTÉS

635 Présentation ◇ Jusqu'à présent, dans la première et la deuxième partie du *Précis*, les sociétés ont été envisagées d'un point de vue statique et individuel. Or, il y a une dynamique des sociétés commerciales avec un rôle considérable joué par les sociétés par actions, spécialement les sociétés anonymes, qui sont de remarquables instruments de concentration des capitaux et de puissance économique ¹.

Le mouvement de concentration, déjà développé aux États-Unis à la fin du XIX^e siècle, n'a pris son véritable essor en Europe que depuis les années 1960 et les pouvoirs publics français l'ont largement favorisé par des avantages fiscaux ² et l'octroi d'aides financières, afin de donner aux entreprises nationales une dimension les rendant plus compétitives.

Sous la pression des entreprises américaines qui ont constitué des groupes de taille mondiale, les champions nationaux européens ont dû rapidement se regrouper pour éviter d'être marginalisés, quel que soit leur secteur d'activité, soit en lançant des offres publiques (OPA, OPE), souvent hostiles, soit en procédant à des opérations de fusion. Selon la CNUCED (Conférence des Nations unies pour le commerce et le développement), les opérations de fusions-acquisitions qui représentaient dans le monde seulement 186 milliards de dollars en 1995 ont représenté 1 143 milliards de milliards en 2000, symptomatique indicateur de la mondialisation de l'économie ³ !

1. Cl. Champaud, préc. ; *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1962.

2. Sur la fiscalité des groupes de sociétés, *infra*, n^{os} 666 s.

3. *Les Échos* 28 juin 2001.

Ensemble des opérations de rapprochement depuis 1980 ^(a)

Années	Apports ^(b)			Offres publiques (visas délivrés)				Blocs
	Fusions	Apports partiels d'actifs	Total apports et fusions	Achat	Échange	Alternatives achat/échange	Total offres publiques	Cessions de blocs de contrôle ^(c)
1980	56	12	68	8	6	—	14	12
1981	39	6	45	7	1	—	8	10
1982	40	3	43	—	5	—	5	10
1983	56	10	66	5	3	—	8	13
1984	48	7	55	2	1	—	3	18
1985	54	13	67	9	2	—	11	13
1986	41	10	51	6	5	1	12	19
1987	52	23	75	2	7	1	10	35
1988	58	28	86	19	13	5	37	35
1989	59	38	97	15	14	4	33	48
1990	46	22	68	32	6	—	38	47
1991	26	15	41	22	14	2	38	44
1992	21	9	30	27	12	1	40	40
1993	14	10	24	14	14	1	29	33
1994	8	22	30	23	10	1	34	23
1995	12	7	19	18	12	2	32	31
1996	28	16	44	55	11	3	69	31
1997	18	10	28	48	3	—	51	25
1998	22	11	33	57	2	3	62	41
1999	15	12	27	32	13	1	46	20
2000	35	24	59	34	11	5	50	18
2001	19	19	38	27	14	2	43	7
2002	13	11	24	27	3	2	32	9
2003	6	8	14	18	6	1	25	5
2004	15	9	24	17	4	3	24	7
2005	10	9	19	32	1	2	35	9
2006	10	14	24	27	4	0	31	6

Source : Rapports annuels COB et AMF.

(a) Les offres publiques ayant eu une suite négative ou ayant été annulées n'ont pas été prises en compte.

(b) Opérations ayant donné lieu à l'enregistrement d'un document E ou à la délivrance d'un visa (art. 14 Règlement 91-02 de la Commission).

(c) OPA simplifiées par voie de garantie de cours.

En France, les opérations les plus importantes, durant ces dernières années, ont été l'OPE hostile de *Total-Fina* sur *Elf-Aquitaine* (52 milliards d'euros), le rachat d'*Orange* par *France Télécom* (50 milliards), la fusion *Rhône-Poulenc-Hoechst* (19 milliards) l'offre de la *BNP* sur *Paribas* (20 milliards) ; la fusion *Carrefour-Promodès* (16 milliards), celle de *Vivendi* et de *Canal +* (12 milliards). Les secteurs les plus actifs étaient ceux des télécommunications, des médias et de la banque. La crise a provoqué un très net ralentissement des opérations. En 2003, il convient cependant de signaler l'offre du *Crédit Agricole* sur le *Crédit Lyonnais* et celle d'*Alcan* sur *Péchiney* ; en 2004, l'offre non sollicitée, mais couronnée de succès, de *Sanofi-Synthelabo* sur *Aventis* (55 milliards) ; en 2005, l'offre mixte de *Suez* sur sa filiale belge *Electrabel*. En 2006, où l'on voit apparaître les fonds d'investissement, en particulier les fonds souverains, et les sociétés des pays émergents, il convient de citer, dépassant le cadre hexagonal, l'offre de *Mittal* sur *Arcelor* (39 milliards de dollars). L'année 2008 a été marquée par la fusion, après de multiples rebondissements, entre *Suez* et *GDF*, créant ainsi un leader mondial de l'énergie (90 milliards d'euros de capitalisation boursière). Aux USA, *Mars*, célèbre pour ses barres chocolatées, est devenu le leader mondial des confiseries en acquérant le roi du chewing-gum, *Wrigley*, pour 23 milliards de dollars. Mais, depuis le premier semestre de 2008, on a commencé à enregistrer un très net recul des opérations de fusions-acquisitions. Les origines de cette chute sont multiples : crise boursière retardant les prises de décisions, baisse des valorisations, grande volatilité des marchés actions, contagion de la crise financière à l'économie réelle...

Au premier semestre 2009, les banques d'affaires françaises les plus actives dans les opérations de fusions-acquisitions ont été *Société Générale* (7,084 milliards de dollars de transactions), *BNP Paribas* (6,870), *Lazard* (6,372). Source : *Thomson-Reuters*, 26 juin 2009.

Le succès des concentrations ne va cependant pas sans poser de nombreux problèmes, non seulement au sein des sociétés concernées ¹ (réductions de personnel, atteinte aux droits des associés minoritaires, réduction des droits des créanciers) mais également au-delà, en faussant les conditions de la concurrence nationale et communautaire ² et en menaçant même, aux yeux de certains, le pouvoir étatique ³.

Le phénomène des groupes gagne également les PME, qui comprennent une holding et une ou plusieurs filiales. Sur les 9 000 groupes recensés en France, 6 000 sont des **microgroupes**, alors qu'ils n'étaient que 2 000 huit ans plus tôt. Chacun regroupe en moyenne 3,8 entités et n'emploie pas plus de 500 salariés. La structure ainsi adoptée facilite la transmission de l'entreprise grâce à la fiscalité allégée dont bénéficie le holding ⁴. Elle permet

1. V. sur les problèmes posés par « les cultures d'entreprises », souvent très différentes, *Le culte de l'entreprise, Autrement* 1988, spéc. p. 41 s.

2. V. déjà, C. Bolze, *Le Marché Commun face aux trusts (étude comparative sur les groupes de sociétés et le droit de la concurrence dans la CEE)*, Publications Université Nancy-II, 1982 (cf. *infra*, n° 673).

3. V. par ex. les nationalisations des cinq grands groupes industriels et des banques les plus importantes opérées en 1982.

4. Cf. Y. Reinhard, *La holding familiale*, *Defrénois* 2001, art. 37313, p. 291.

également de cantonner les risques et de rationaliser le développement de nouvelles activités ¹.

Les groupes de sociétés ² seront étudiés en fonction de la nature du procédé utilisé pour opérer le rapprochement, en distinguant :

- *les liens contractuels* (chapitre 1) qui peuvent être de contenu et de durée très variables ;
- *les liens financiers* (chapitre 2) qui permettent, par des prises de participation, la constitution de groupes de sociétés avec une société-mère ou un holding, des filiales et des sous-filiales ;
- *les liens structurels* (chapitre 3) qui s'établissent par des opérations de fusion ou scission.

1. H. Loiseau, *Des groupes de la taille d'une PME, un phénomène en plein essor*, Insee Première n° 764, mars 2001.

2. M. Pariente, *Les groupes de sociétés*, Litec 1993, préf. Y. Guyon ; Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, LGDJ 1991, préf. A. Lyon-Caen.

CHAPITRE 1

LES LIENS CONTRACTUELS

636 *Caractéristiques* ◇ Les relations entre entreprises peuvent s'organiser grâce à des règles tirées non du droit des sociétés, mais du droit des contrats et des obligations. Deux ou plusieurs entreprises peuvent ainsi passer des accords pour réaliser tel ou tel objectif.

Le recours à la technique contractuelle présente de multiples avantages : il permet d'unir non seulement des sociétés entre elles, mais également des sociétés et des entreprises individuelles. La souplesse est très grande puisque la liberté contractuelle autorise une adaptation très facile aux besoins de la vie des affaires grâce aux contrats traditionnels (mandat, louage, vente...) ou à la création de figures contractuelles innomées. Les parties peuvent fixer comme elles l'entendent la durée de leur collaboration, son étendue (rapprochement pour une opération ponctuelle ou un ensemble d'opérations), la nature de leurs relations. Les entreprises qui passent de tels accords gardent leur indépendance juridique, ce qui est souvent la condition fondamentale mise par les dirigeants à tout accord de collaboration. Aucun engagement irréversible n'est pris, mais si les relations interentreprises se développent favorablement elles peuvent déboucher sur l'établissement de liens plus solides avec des prises de participation financière, et même un accord de fusion.

Nous avons déjà vu que deux groupements laissent une très large place à la liberté contractuelle : la société en participation, ostensible ou occulte (*supra*, n^{os} 596 s.)¹, et le groupement d'intérêt économique (*supra*, n^{os} 618 s.) qui sont de bonnes structures d'accueil pour permettre la mise en œuvre d'accords d'entreprise (sur les possibilités offertes par la SAS, *supra*, n^{os} 594-1 s.). Il convient ici de présenter sommairement les contrats qui se rencontrent le plus souvent en pratique².

637 *Groupement momentané d'entreprises*³ ◇ Lorsque plusieurs entreprises sont chargées d'un travail d'ensemble (travaux publics, génie civil...) il est fréquent qu'un contrat (« protocole ») soit conclu entre ces sociétés en raison de leur complémentarité ou pour diviser les risques. La constitution du groupement permet également de renforcer la puissance économique des

1. Paris, 30 nov. 1972, *Journ. dr. intern.* 1973, 390, B. Oppetit (société en participation constituée entre trois sociétés françaises pour réaliser en Algérie un ouvrage destiné au transport du pétrole brut).

2. Cf. B. Mercadal et Ph. Janin, *Contrats de coopération interentreprises*, éd. juridiques Lefebvre, 1974.

3. E. Ducasse, *Les groupements momentanés d'entreprises*, Thèse Paris II, 1987.

entreprises sans leur faire perdre leur autonomie. Quelquefois, l'une d'entre elles, « entreprise-pilote », est désignée comme mandataire des autres pour toutes les relations concernant le chantier, cette désignation étant exigée par le maître de l'ouvrage, ce qui permet à celui-ci de traiter avec un interlocuteur unique.

Chaque groupement est régi par les stipulations contenues dans le protocole, qui peuvent être très variables. Une difficulté peut surgir quand le créancier de l'une des entreprises parties à l'accord, ne réussissant pas à se faire payer, soutient qu'en réalité une **société créée de fait** a été constituée, ce qui lui permet d'agir contre le plus solvable des associés, tenu indéfiniment et solidairement des dettes contractées par l'un des coassociés (*supra*, n° 614). Une telle prétention ne peut être admise que si l'*affectio societatis* est prouvée (*supra*, n° 615). La jurisprudence, après avoir admis facilement l'existence d'une telle société ¹ est revenue à une conception plus stricte ². Plusieurs propositions de loi ont été déposées pour préciser qu'un tel contrat ne donnait naissance ni à une société, ni à un groupement doté de la personnalité morale et que, sauf stipulation contraire expresse, chacun des membres n'était responsable que de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses propres engagements. Mais, jusqu'à présent, aucune de ces propositions n'a pu aboutir.

638 Accords de coopération ³ ◇ Ce sont des conventions qui ont pour objet de permettre à deux ou plusieurs sociétés ou groupes de sociétés d'unir leurs efforts, sur un pied d'égalité, dans certains secteurs de leur activité. Les entreprises peuvent ainsi mettre en commun des moyens de recherche, étudier ensemble des prototypes, passer des accords dans le domaine de la distribution pour mieux utiliser leur réseau... Ces accords sont souvent évolutifs, et prévoient la possibilité de rapprochements plus étroits en cas de succès. Ils pourraient également prendre la forme de société en participation ou de groupement d'intérêt économique.

Ces accords de coopération sont fréquents dans les secteurs maritime et aérien sous forme de **pools** entre compagnies françaises et étrangères (système commun de réservation, affrètements réciproques, grille tarifaire commune...).

Dans le monde des affaires internationales, les associations d'entreprises sont de pratique courante sous le nom de **joint venture**, l'expression pouvant englober des réalités très différentes ⁴.

1. Com. 19 oct. 1959, JCP 1960, II, 11432, M. de Juglart.

2. Com. 24 oct. 1966 (2 arrêts), JCP 1967, II, 15099, concl. Gégout ; Toulouse 29 janv. 1998, *Rev. dr. bancaire* 1998, n° 68, p. 147, M. Germain et M.A. Frison-Roche.

3. Cf. B. Mercadal et Ph. Janin, *préc.*

4. V. Pironon, *Les joint ventures, contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz Thèses 2005, préf. Ph. Fouchard ; L.O. Baptista et P. Durand-Barthez, *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, préf. H. Lesguillons, Feduci-LGDJ 1986. *Le joint venture*, Cahiers de droit de l'entreprise, 5/1979 ; P. Roux, *Prévenir et*

639 Accords de sous-traitance ¹ ◇ Le plus souvent ce sont des contrats d'intégration par lesquels un donneur d'ordres généralement puissant (par exemple un constructeur automobile) se décharge de tâches de production auprès de nombreuses petites entreprises, situées en France ou, lorsqu'il y a une part importante de main-d'œuvre, dans les pays émergents. Si, théoriquement, le sous-traitant est juridiquement indépendant du donneur d'ordres, économiquement il est sous sa dépendance totale par le jeu des clauses généralement imposées dans ces contrats ² : les quantités, normes de fabrication et prix sont fixés par la société traitante dans le cadre d'un marché à long terme où la spécialisation et l'exclusivité sont le plus souvent de règle. Cette monoproduction est pleine de péril pour les entreprises sous-traitantes, et les difficultés rencontrées par les donneurs d'ordres entraînent le plus souvent la mise en redressement ou en liquidation judiciaire des PMI intégrées (cf. par exemple les répercussions des crises de la sidérurgie dans la région du Nord et en Lorraine).

Une loi du 31 décembre 1975, plusieurs fois modifiée, a cependant essayé de sauvegarder les droits des sous-traitants en cas de défaillance de l'entrepreneur principal ³.

On peut rapprocher de ces contrats de production intégrée les contrats de distribution intégrée (contrats de concession, de franchise...).

640 Location-gérance ⁴ ◇ Le contrat de location-gérance est celui par lequel une société confère le soin de gérer son fonds de commerce à une autre société qui l'exploite à ses risques et périls ⁵.

gérer les conflits entre partenaires d'une joint-venture, Dr. et patr., mai 1997, p. 34 ; J.-V. Prévost, M. Féraud et H. de Dampierre, *La joint-venture, une alternative aux fusions-acquisitions, Option finance* 8 avr. 2002, n° 684, Expertise, p. 31. Les joint ventures contractuelles peuvent être constitutives d'une action de concert (*infra*, n° 660-1).

1. C. Gavalda, Y. Guyon et alii, *La sous-traitance des marchés de travaux et de services, Economica* 1978 ; J. Neret, *Le sous-contrat*, LGDJ 1979, préf. P. Catala ; G.J. Virassamy, *Les contrats de dépendance*, LGDJ 1986, préf. J. Ghestin.

2. V. sur la responsabilité de la société traitante pour des dettes de l'entreprise sous-traitante qu'elle contrôlait entièrement, Aix, 18 juin 1975, *RJ com.* 1976, 95, J. Calais-Auloy ; *RTD com.* 1976, p. 370, n° 4, Cl. Champaud.

3. G. Ripert et R. Roblot, t. II, n° 3265.

4. Sur le régime fiscal de la location-gérance (*infra* n° 666-2), v. *Mémento Fiscal* n°s 8700 s. ; J. Turot, *La location-gérance cette mal-aimée du droit fiscal*, *RJF* 6/91, chron. p. 419 ; A. Delfosse, *La location-gérance, une technique de transmission des entreprises, Dr. et patr.* 1994, n° 14, p. 20 ; M. Cozian, *Location-gérance, acte anormal de gestion et abus de droit, Petites Affiches* 1998, n° 48, p. 9 ; J.-L. Troussel, *La location-gérance : une solution pour anticiper les effets d'une fusion en cours de réalisation*, *JCP E* 1999, p. 1760 ; *Location-gérance, état des lieux, Les Nouvelles fiscales* 1^{er} avr. 2001, n° 845, p. 30.

5. Cf. art. L. 144-1. La location-gérance est distincte du contrat de gestion d'entreprise, fréquent dans l'hôtellerie sous le nom de « contrat de management » : une société, propriétaire des murs et titulaire du fonds, en confie l'exploitation à un groupe spécialisé qui apporte son savoir-faire, sa marque, forme le personnel... Mais c'est la société propriétaire qui continue à assumer tous les risques. La greffe de ce contrat sur une société anonyme ne va pas sans difficultés.

La société de gérance ¹, qui n'est pas un type particulier de société, joue donc le rôle de locataire et ce sont les règles classiques de la location-gérance qui s'appliquent (articles L. 144-1 à L. 144-13) ². Financièrement, la société a besoin de très peu de capitaux permanents au départ, mais si elle n'a pas de surface financière, elle aura beaucoup de mal à se procurer du crédit.

Le recours à la location-gérance permet de réaliser une opération de **concentration souple** ³ : plutôt que d'opérer une fusion ou de prendre des participations, on crée par exemple une société qui prend en location-gérance les fonds des entreprises qui se regroupent, celles-ci pouvant d'ailleurs être sociétaires ou individuelles. Ce montage présente de multiples avantages ⁴ : les « propriétaires » des fonds de commerce ou d'industrie mis en location vont toucher un revenu, généralement indexé, grâce à la redevance versée par la société d'exploitation ; la concentration n'a pas de caractère irréversible et il est possible de ne lui donner qu'un caractère partiel, certaines activités demeurant en dehors de l'opération. Si ce « mariage à l'essai » ⁵ donne satisfaction il pourra déboucher sur une fusion ⁶.

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la location-gérance était également très utilisée en cas de règlement judiciaire ⁷ ; une société d'exploitation était constituée à l'initiative des salariés, sous forme de SCOP par exemple (*supra*, n° 9), ou d'un repreneur pour tenter de redresser l'entreprise en difficulté. Si le recours à la location-gérance a pu être utile, il a également donné lieu à de nombreux abus, l'entreprise défaillante étant souvent totalement « pillée » par le gérant.

En réaction, la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires a fait preuve d'une très grande méfiance envers la location-gérance, ne l'autorisant qu'exceptionnellement soit pendant la période d'observation (anc. art. L. 621-34), soit dans le cadre d'un plan de cession au profit du repreneur qui s'engage à acquérir l'entreprise dans les deux ans (anc. art. L. 621-100) ⁸. Mais les conditions imposées par ce texte étaient trop strictes et l'impossibilité de mettre en place une location-gérance était souvent à l'origine de liquidations judiciaires, c'est pourquoi la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a abrogé ces dispositions.

Cf. Ph. Merle, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, D. 1975, chron. 245 ; K. Torbey, *Les contrats de franchise et de management à l'épreuve du droit des sociétés, étude de droit français et de droit libanais*, LGDJ 2002, préf. Ph. Merle.

1. On parle encore de société d'exploitation ou de société fermière et l'on utilise les abréviations « SE » : société d'exploitation, « SNE » : société nouvelle d'exploitation, « SAE » : société anonyme d'exploitation.

2. M. Pédamon, n° 308 s. L'opération ayant rarement un caractère spéculatif, il est possible d'obtenir judiciairement une dispense concernant les délais de 7 et 2 ans en principe exigés (cf. art. L. 144-3 et L. 144-4).

3. Sur l'utilisation de la location-gérance comme forme de « consolidation sauvage », *infra* n° 666-2.

4. V. cependant sur le risque de « faillite » commune, *infra*, n° 668.

5. M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, n° 1861.

6. V. Lefebvre et J.-M. Allix, *Bull. Joly* 1999, p. 235, n° 39.

7. J. Ph. Haehl, *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, préf. P. Didier, Litec, 1981, spéc. n° 276 s.

8. Cf. M. Jeantin, n° 634 s., 736 s. ; Y. Guyon, t. II, n° 1216 s., 1293, 1294.

CHAPITRE 2

LES LIENS FINANCIERS

641 Caractéristiques ◇ Le groupe de sociétés ¹ peut être défini comme un ensemble de sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre ², se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou en droit, exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait prévaloir une unité de décision ³. Le groupe de sociétés n'a pas de personnalité juridique. L'expression a avant tout une signification économique.

On remarquera dès à présent les facilités offertes pour la constitution d'un groupe grâce à la création d'un **holding** ⁴, société dont l'objet est d'acquérir ou de rassembler des parts ou des actions d'autres sociétés, afin de les gérer et d'en assurer le contrôle.

1. Cf. J. Barthélémy et alii, *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz 1991, avant-propos J. Pailluseau ; *Mémento Lefebvre, Groupes de sociétés* 2009-2010 ; et les thèses de Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés* LGDJ, 1991, préf. A. Lyon-Caen, et M. Pariente, *Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal*, Litec 1993, préf. Y. Guyon. Sur la situation dans les différents États de la CEE, *Groups of companies in the ECC*, sous la direction de E. Wymeersch, de Gruyter 1993 ; *I gruppi di società*, Colloque international de la Rivista della società, 3 vol., Giuffrè Editore, Milano 1966.

2. V. par ex. Civ. 3^e, 13 déc. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 485, n° 125, J. F. Barbière ; Ass. Plén. 9 oct. 2006 (*aff. Tapie*), D. 2006, p. 2933, D. Houtcieff.

3. Rapp. B. Mercadal et Ph. Janin, n° 25 500 ; Y. Chartier, n° 281. Sur la critique de cette définition simplifiée, cf. Ch. Freyria, *Le droit des groupes sous les feux de l'actualité*, *RJ com.* 1987, p. 121.

4. F. Drummond, *Les sociétés dites « holdings »*, Thèse dactyl., Paris II, 2 vol., 1993 ; J. Schmidt, *La société holding est-elle une société ?*, *Mélanges B. Bouloc*, 2006, p. 1037. R. Cannard, *Comment et sous quelle forme constituer une holding ?* Dr. et patr. nov. 1993, p. 24 ; Y. Reinhard, *La holding familiale*, *Defrénois* 2001, art. 37 313 ; A. Couret et D. Martin, *Les sociétés holdings, Que sais-je ?* 1991 ; S. Castagné, *La dernière compilation de holdings : n° 1 du « hit-parade » des transmissions d'entreprise*, Dr. sociétés déc. 1998, p. 4 ; H. Synvet, *L'organisation juridique du groupe international de sociétés*, thèse, Rennes, 1979. Sur la possibilité de créer des sociétés holdings de professions libérales, Loi MURCEF du 11 déc. 2001 (art. 32), cf. J. J. Daigre, *Bull. Joly* 2002, p. 565, n° 127 ; D. Vidal, Dr. sociétés 2002, n° 30 ; A. Lienhard, D. 2002, p. 60 ; H. Hovasse, Dr. sociétés, 2002, n° 225.

Sur le régime fiscal des holdings, v. la fiscalité des groupes de sociétés, *infra*, n°s 666 s. ; M.-C. Leproust-Larcher et J.-C. Chevallier, *Difficultés rencontrées lors de la reprise d'une entreprise par un holding de rachat*, *Defrénois* 2002, art. 37603, p. 1200 ; Ph. Bruneau et L. Jaillais, *La gestion d'actifs financiers dans une société soumise à l'IS*, Dr. et patr., févr. 2004, n° 123, p. 36 ; Ph. Juillard, *Les holdings en Europe : le choix de l'État d'implantation*, *Option finance* 9 févr. 2004, n° 771, p. 35 ; J.-M. Tirard, *L'utilisation des holdings étrangères dans un schéma d'optimisation fiscale*, Dr. et patr. juin 2004, n° 127, p. 81. Sur la durée de vérification sur place d'une holding purement financière, CE 28 mars 2008, *Ansel*, *RJF* 6/08, n° 696 (exclusion du bénéfice de la garantie prévue à l'art. L 52 LPF). Sur la constitution d'un éventuel abus de droit (sur cette notion, *supra* n° 52-1) : CE 18 févr. 2004, *Sté Pléiade* : Dr. sociétés, 2004, n° 91, obs. J.-L. Pierre ; 18 mai 2005, *Sté Sagal*, *RJF* 8-9/05,

Si la société-mère (holding) possède 50 % des actions plus une d'une société A, elle en a le contrôle. Si cette société A prend 50 % des actions plus une d'une société B, elle la contrôle. Si bien que la société-mère va contrôler la société B en ne maîtrisant que 25 % de son capital ¹.

En pratique, il lui suffira même de bien moins, compte tenu notamment de la dilution du capital entre de nombreux petits porteurs, du recours aux pouvoirs en blanc et de l'utilisation d'actions à vote double ².

Des groupes se sont développés il y a quelques années de façon spectaculaire grâce à cet effet de levier opéré en cascades : C. de Benedetti, V. Bolloré, B. Arnault (v. l'organigramme ci-après). De tels montages qui nécessitent un empilement de holdings successifs, les fameuses « poupées russes », impliquent d'associer des partenaires de confiance aux différents étages.

Les praticiens font une distinction entre les **holdings « par le haut »** et les holdings « par le bas ». Dans le premier cas, les associés d'une société existante apportent tout ou partie de leurs titres à une société holding. Cette technique est particulièrement utilisée dans les RES, les LBO, où l'effet de levier est recherché (*supra*, n° 539).

Le holding « par le bas » est plutôt utilisé lors de restructuration d'entreprises où l'on filialise les différentes activités d'une société au moyen d'apports partiels d'actifs ou de scissions. La société d'origine n'est plus alors détentrice que des titres reçus en rémunération des apports consentis.

Les liens entre les sociétés peuvent être de nature contractuelle (*supra*, n° 636 s.). Le plus souvent, ils sont de nature financière, se concrétisent par des prises de participations, la constitution de filiales ou sous-filiales. Au sein du groupe, les liens peuvent être à la fois contractuels et financiers. La composition du groupe est essentiellement changeante.

À l'occasion d'une opération de concentration, il faut souvent choisir entre la fusion, généralement une fusion-absorption qui fait disparaître la société absorbée (*infra*, n° 684), et une prise de participation qui laisse à la société contrôlée sa personnalité juridique. Le choix dépendra de la stratégie du groupe et de considérations fiscales (v. *infra*, n° 657).

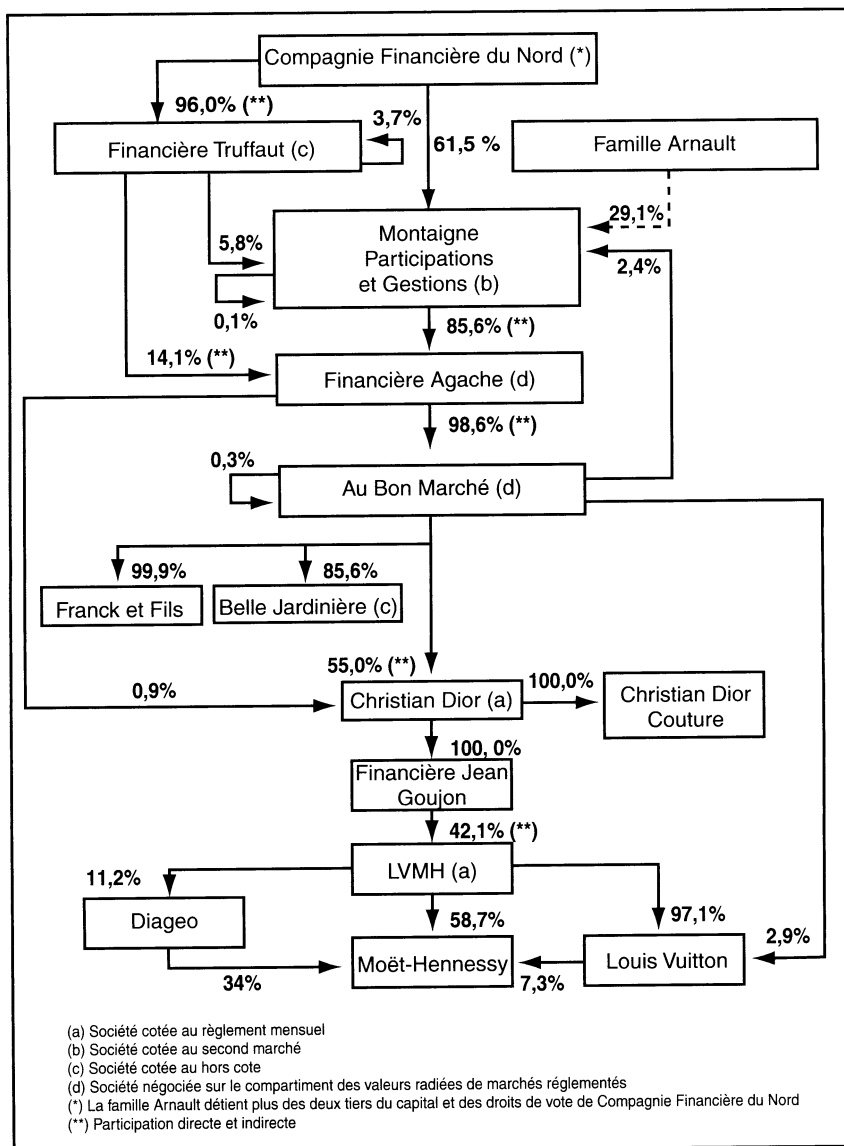
Les groupes sont d'une *très grande diversité*. Un chef d'entreprise familiale peut être à la tête d'un « mini groupe », composé de deux sociétés seulement,

n° 910 ; 10 déc. 2008, *Sté Andros et Cie*, R/JF 3/09, n° 255 ; égal. *infra* n° 666-1. Sur le régime de faveur des RES via une holding, *supra* n° 539 ; sur le choix d'une société en participation, *supra* n° 600.

1. ($100 \times 0,50 \times 0,50 = 25$). En multipliant les cascades de sociétés, l'apport initial tend vers zéro. Cf. J. Peyrelevade, *Contrôler sans argent, emprunter sans surface*, Banque 1985, p. 773. Cf. pour l'utilisation qui peut être faite de ces possibilités dans les PME-PMI familiales, A. Gaultier, *Les holdings familiales, pérennité et succession*, Éd. d'organisation, 1987 ; J.-F. Barbière, *La cession de PME par constitution de holding*, *Petites Affiches* 10 juin 1992, p. 4 ; Y. Reinhard, *La holding familiale*, Defrénois 2001, art. 37313 ; cf. également Th. Jacomet, Ph. Matignon et S. Montet, *LBO : utilisation de l'effet de levier juridique et financier lors d'une acquisition*, *préc.*, *Bull. Joly* 1990, p. 415, n° 97.

2. Les actions d'autocontrôle, qui jouaient un rôle très important dans ces montages, sont privées du droit de vote depuis le 1^{er} juill. 1991 (*infra*, n° 661). Cf. égal. R. Gentilhomme, *Apport de titres et démembrement de propriété*, *JCP E* 1994, I, 311.

La pyramide Arnault (organigramme simplifié au 31 décembre 1997)



une société civile à laquelle sont apportés les immeubles qui seront donnés en location à une société commerciale qui exploite le fonds de commerce ou d'industrie. La séparation ainsi opérée peut lui permettre d'espérer mettre à l'abri des risques du commerce son patrimoine immobilier (v. cependant *infra*, n° 668) ¹. À l'opposé, les grands groupes industriels ou financiers français regroupent chacun plusieurs centaines de sociétés, et les groupes mondiaux les plus importants, les « multinationales », dominent l'économie mondiale.

Au 31 décembre 2006, le groupe *Pinault-Printemps-Redoute* (désormais *PPR*) comprenait environ 600 sociétés dont 439 étaient consolidées. 108 de ces sociétés relevaient du régime de l'intégration fiscale à 95 % (*infra*, n° 666-1 s.).

Dans les groupes importants, la forme de gestion est elle-même très variable. Elle peut être très centralisée sous l'égide de la société-mère ou très décentralisée avec rationalisation des choix budgétaires ².

642 Réglementation ◇ Cette grande diversité des groupes rend difficile l'élaboration d'une réglementation, alors que leur développement n'est pas sans dangers ³. Les associés minoritaires des sociétés dominées peuvent voir leurs intérêts menacés par une politique menée au nom du groupe et au détriment de la filiale à laquelle ils appartiennent. Les salariés d'une filiale peu rentable peuvent être sacrifiés au nom de l'intérêt du groupe. Les créanciers des sociétés dominées risquent d'être lésés par des transferts d'actifs ou de bénéfices vers la société-mère ou d'autres sociétés du groupe. De très graves atteintes peuvent être portées à la réalité de la concurrence (*infra*, n° 673) ⁴.

La loi de 1966 n'ayant pas établi une réglementation d'ensemble des groupes de sociétés, alors que peu de temps auparavant l'Allemagne, par l'*Aktiengesetz* du 6 septembre 1965, s'était dotée d'un *Konzernrecht* ⁵, un vaste débat s'ouvrit sur le point de savoir si la France devait se doter d'un droit des groupes de sociétés ⁶. De nombreuses propositions de lois « sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, du personnel et des tiers » ont

1. Cf. G. Chauvin, *Immobilier d'entreprise : propriété de la société commerciale ou d'une SCI ?* JCP 1988, I, 3320.

2. Ch. Freyria, *préc.*, p. 121.

3. Cf. par ex., *L'expert comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés*, *Rev. sociétés* 1980, p. 661.

4. C. Bolze, *Les dispositions du nouveau droit de la concurrence applicables aux concentrations d'entreprises*, *Rev. sociétés* 1987, p. 163.

5. M. Germain, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, thèse, Nancy, 1974. V. le bilan nuancé dressé par Klaus J. Hopt, *Le droit des groupes de sociétés : expériences allemandes, perspectives européennes*, *Rev. sociétés* 1987, p. 371.

6. Cf. par ex., J. Paillusseau, *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ?*, JCP 1971, I, 2401 bis ; CREDA (Centre de recherche sur le droit des affaires de la CCI de Paris), *Les groupes de sociétés, une politique législative*, 1975 ; J. Foyer, *Faut-il un droit des groupes de sociétés ?* RJ com. 1996, p. 165.

été déposées ¹. Au niveau européen, l'intérêt pour les groupes s'est manifesté très directement dans le règlement portant statut de la société anonyme européenne (*supra*, n^{os} 20 s.) et dans les avant-projets de 9^e directive ².

C'est peu à peu que le législateur, les autorités boursières — et tout particulièrement la COB ³ — la jurisprudence ont, avec prudence et souplesse, posé des règles nouvelles qui ont permis ces dernières années de réaliser des progrès importants en développant essentiellement l'*information* (cf. en particulier lois des 3 janvier 1985 sur les comptes consolidés, 12 juillet 1985 sur les participations ; 2 août 1989 sur la sécurité et la transparence du marché financier ; loi Auroux du 28 octobre 1982 instituant les comités de groupe, loi de finances pour 1988 dotant les groupes d'un véritable statut fiscal ; loi NRE du 15 mai 2001 instaurant l'approbation des comptes consolidés, la « loi Breton » du 26 juillet 2005 sur l'information à donner au niveau du groupe sur les rémunérations, avantages en nature et *stock options* accordés aux dirigeants). Sans doute a-t-on abouti à une conception hétérogène du groupe, mais il paraît difficile d'aboutir à une construction plus harmonieuse ⁴.

Après avoir précisé ce qu'il faut entendre par filiales, participations et contrôle (section 1) et indiqué quelles peuvent être les modalités des prises de participations (section 2), il conviendra de déterminer les conséquences des liens financiers entre sociétés (section 3).

SECTION 1. FILIALES, PARTICIPATIONS ET CONTRÔLE

643 Définitions ◇ La loi du 24 juillet 1966 a défini les filiales et participations en fonction d'un critère financier uniquement quantitatif : lorsqu'une société, **société-mère**, possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée comme **filiale** de la première (art. L. 233-1) ⁵.

À la différence de la filiale, la **succursale** n'a pas de patrimoine propre, n'a pas de personnalité juridique indépendante, distincte de celle de la société ⁶. Si l'entreprise

1. Propositions du député Cousté entre 1970 et 1978. Cf. sur la 1^{re} proposition, J. Paillusseau, préc.

2. Cf. *Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe* ; *Forum europaeum sur le droit des groupes de sociétés*, Rev. sociétés 1999, p. 43 et p. 285.

3. J.-M. Bardy, *L'intervention de la COB dans les groupes*, Bull. Joly nov. 1992, n^o 263, p. 3.

4. Cf. J. Foyer, préc. ; Ch. Freyria, *op. cit.*, p. 131. V. égal. P. Bézard, *Les groupes de sociétés : évolutions récentes et perspectives*, JCP E suppl. 1/90, p. 15 ; P. de Fontbressin, *La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes*, RJ com. 1988, 285 ; C. d'Hoir-Lauprêtre, *Prises de participation et rapprochement d'entreprises, les textes concernés*, JCP E 1994, I, 335. V. cependant les propositions du rapport Marini, s'inspirant du système allemand, en faveur d'un régime optionnel de contrôle renforcé (p. 80 s.) ; A. Couret, *Vers un nouveau droit des groupes*, *Petites Affiches*, 18 avr. 1997.

5. Cf. C. Malecki, *Les dirigeants des filiales*, Rev. sociétés 2000, p. 453.

6. Civ. 1^{re}, 20 févr. 1979, JCP 1979, II, 19147, concl. Gulphe. Le « département », n'ayant pas d'existence juridique, se rattache à la société dont il dépend, Com. 1^{er} mars 1994, *Dr. sociétés* 1994,

souhaite donner une grande cohérence à son organisation, elle préfère généralement adopter le système des succursales (que les sociétés américaines appellent « divisions »). En France, la faveur est plutôt donnée aux filiales ¹.

Pour l'imposition des entreprises, le droit fiscal interne et les conventions fiscales bilatérales conclues par la France prennent en compte la notion d'établissement stable. L'expression désigne de manière générale une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ².

Il y a **participation** lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre dix et cinquante pour cent (art. L. 233-2).

La prise de participation, à la différence du simple placement de capitaux, manifeste l'intention d'établir des liens durables avec la société dont des actions (ou des parts) sont souscrites ou achetées. Elle peut permettre de *contrôler* cette société, c'est-à-dire d'exercer un pouvoir de domination sur elle ³. La loi du 12 juillet 1985 relative aux participations détenues dans les sociétés par actions est venue préciser à **quelles conditions une société est considérée comme en contrôlant une autre** (art. L. 233-3) :

– lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote ⁴ dans les assemblées générales de cette société, ce qui est le **contrôle de droit** (art. L. 233-3, I, 1°) ;

n° 87, Th. Bonneau. Sur la compétence territoriale en cas de litige, Com. 12 janv. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 13, p. 9 ; *RTD com.* 1988, p. 474, n° 4, M. Cabrillac et B. Teyssié.

1. Sur les *incidences fiscales* du choix entre une succursale et une filiale, P. Donsimoni, *Comment évaluer le risque de qualification d'une filiale en établissement stable ?*, *Dr. fisc.* 2004, n° 11, p. 405 ; *Mémento Fiscal*, n° 8600 s. La succursale n'ayant pas de personnalité morale propre, le droit fiscal en tirait la conséquence que, dans l'impossibilité d'avoir une créance ou une dette sur soi-même, une société ne peut pas déduire une aide consentie à une succursale étrangère ; en matière de TVA : CE 29 oct. 2001, *Sté Banco do Brasil*, *Dr. fisc.* 2002, n° 5, comm. 75 ; CAA Lyon 1^{er} févr. 2007, *SA CEDEC*, *Dr. fisc.* 2007, n° 28, comm. 732. Cep., en matière d'impôts directs, il reconnaît l'intérêt pour une société mère de consentir des abandons de créances aux succursales de sa filiale étrangère, CE 11 avr. 2008, *SA Guerlain*, *RJF* 7/08, n° 788 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 18, comm. 302 (sur le régime fiscal de telles aides accordées à des filiales, *infra* n° 666). En vertu du principe de territorialité, les pertes issues d'entreprises exploitées hors de France ne devraient pas être prises en compte pour la détermination du résultat imposable d'une société établie en France (CJCE 15 mai 2008, *Lidl Belgium*, *RJF* 8-9/08) ; *Contra*, art. 209 C CGI (égal. CE 16 mai 2003, *Société Télécoise*, *RJF* 7/03, n° 823, chr. p. 571). C'est reconnaître aux succursales une « personnalité fiscale » (inversement, CE 20 juin 2003 *Sté Interhome AG*, *RJF* 10/03, n° 1147 : une filiale peut constituer un établissement stable). À relever à cet égard, que le droit communautaire et les conventions fiscales bilatérales posent une obligation de non-discrimination entre la filiale et la succursale : CAA Bordeaux, *SA Ets Ballande*, *Bull. Joly* 2002, p. 1285, n° 272 ; CJCE 15 mai 2008, *Lidl Belgium*, précit. ; P. Dibout, *Liberté d'établissement, conventions fiscales et entreprises multinationales*, *Dr. fisc.* 2000, p. 474 ; égal. la directive 03/123/CE du 22 déc. 2003 (*supra* n° 19 et *infra* n° 666-2) étend le champ d'application du régime fiscal commun des mères et filiales aux établissements stables.

2. *Mémento Fiscal*, n° 3117 s. (impôt sur les sociétés) et n° 4439 (TVA) ; n° 7514 (droit international).

3. M.P. Blin-Franchomme, *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires* (droit interne-droit communautaire), Thèse Toulouse 1998.

4. Le contrôle ne s'apprécie pas en fonction de la participation détenue dans le capital, mais en fonction des *droits de vote*. D'où l'importance des actions à vote double. En revanche, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, les certificats d'investissement, les actions détenues par la société dans son propre capital n'entrent pas en ligne de compte.

– il y a également contrôle de droit, lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société (art. L. 233-3, I, 2°). Cette disposition est particulièrement importante, dans la mesure où elle reconnaît, sous condition, la licéité des *conventions de vote* (cf. également art. L. 233-16, II, 3°, *infra*, n° 664).

– Il y a **contrôle de fait**, lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose les décisions dans les assemblées générales de cette société. Ce contrôle est généralement lié à une grande diffusion des titres dans le public (art. L. 233-3, I, 3°).

– La « loi Breton » du 26 juillet 2005 a ajouté l'hypothèse dans laquelle une société est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société (art. L. 233-3, I, 4° *nouv.*).

– Le contrôle est **présumé** lorsque la société dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne (art. L. 233-3, II). La présomption de contrôle est une présomption simple, qui peut être renversée par la preuve contraire.

– Depuis la loi NRE, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en **contrôlant conjointement** une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale de celle-ci (art. L. 233-3-III).

Dans toutes ces hypothèses, on parle également de « société-mère » et de « sociétés filiales », mais dans un sens plus large que celui prévu à l'article L. 233-1¹.

Cette définition légale du contrôle ne vaut que pour l'application des dispositions relatives soit aux notifications et informations sur les participations significatives (*infra*, n° 660), soit à la réglementation de l'autocontrôle (*infra*, n° 663 ; art. L. 233-1)². Des critères légèrement différents sont retenus pour les comptes consolidés (art. L. 233-16, *infra*, n° 664)³.

1. En *droit fiscal*, la notion de filiale est encore plus large, puisque le régime de faveur des sociétés-mères est accordé sur option aux sociétés détenant 5 % au moins du capital d'une autre société (art. 145 CGI ; *infra* n° 666-1).

2. Cf. M. Storck, *Définition légale du contrôle d'une société en droit français*, *Rev. sociétés* 1986, p. 385. V. L'important arrêt rendu par Paris 20 févr. 1998 (aff. CGE-Havas) *JCP E* 1998, 705, A. Viandier ; *Dr. sociétés* 1998, n° 81, H. Hovasse ; A. Couret, *RJDA* 1998, p. 279 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 346, F. Bucher ; *Joly Bourse* 1998, p. 233, n° 62, S. Robineau ; *RTD com.* 1998, p. 379, N. Rontchevsky (décidant qu'à l'époque le contrôle défini par l'article L. 233-3 C. com. était exclusif de la notion d'action de concert). C'est à la suite de cet arrêt qu'a été ajouté l'alinéa III à cet article, qui permet de définir l'actionnaire intéressé et étend le champ d'application des conventions réglementées (*supra*, n°s 398 s.).

3. Cf. J. Ph. Dom, *Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001*, *Rev. sociétés* 2002, p. 1.

Que le contrôle soit de droit, de fait ou présumé, l'article L. 233-3 précise qu'il peut être direct ou indirect, ce qui pour l'AMF implique les conséquences suivantes :

- Pour l'appréciation des droits de vote dont dispose une société dans les assemblées d'une autre société, il doit être fait masse de l'ensemble des droits de vote attachés aux actions détenues par toutes les sociétés contrôlées par la même société et par cette dernière. L'article L. 233-4 considère que toute participation même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée doit être considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société.

- Une société est considérée comme exerçant le contrôle d'une autre société, même si elle ne détient elle-même aucune participation directe dans cette société, dès lors que des sociétés qu'elle contrôle disposent ensemble dans cette dernière de participations dont l'adjonction est suffisante pour caractériser le contrôle.

Juridiquement, ce contrôle ne se dilue pas avec l'allongement de la chaîne des sociétés : ainsi, une société-mère qui détient 60 % d'une filiale, elle-même détentrice de 60 % d'une sous-filiale, est considérée comme exerçant le contrôle sur cette dernière, bien que la part du capital détenue indirectement par la société-mère soit seulement de 36 %¹.

La question du contrôle peut se poser à tout moment, mais plus particulièrement à l'occasion de la tenue des assemblées. C'est une notion qui est essentiellement révisable. En cas de contestation, le ministère public et l'AMF pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché d'instruments financiers mentionné au II de l'article L. 233-7, sont habilités à agir en justice pour faire constater l'existence d'un contrôle sur une ou plusieurs sociétés (art. L. 233-5 nouv.).

644 Structures ◇ Les différentes participations existant entre sociétés permettent d'établir soit des liens au sein d'un groupe de sociétés, soit des liens entre groupes de sociétés. La classification la plus satisfaisante a été établie par le professeur Champaud dans sa thèse sur *Le pouvoir de concentration de la société par actions*².

645 Liens au sein du groupe ◇ À l'origine, le groupe est généralement **industriel** ; il se développe autour d'une société-mère qui a des participations dans des sociétés ayant des activités économiques identiques, proches ou complémentaires ; la société-mère exerçant elle-même une activité industrielle.

Puis, le plus souvent, le groupe industriel se transforme en groupe **financier**, la société-mère devient un **holding**³ qui n'a plus aucune activité

1. Note in *Bull. COB* n° 184, août-sept. 1985, p. 9. V. pour d'autres exemples chiffrés, *Mémento Lefebvre* n° 25 522.

2. Précitée, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1962 ; v. égal. *id.*, La méthode de groupement des sociétés, *RTD com.* 1967, p. 1003.

3. Cf. *supra* n° 641. Certains holdings peuvent servir à abriter des conventions de vote ; mais la Cour de cassation a admis leur licéité ; Com. 2 juill. 1985 (aff. *Lustucru*), *Bull. Joly* 1986, p. 374, n° 100 ; et sur renvoi Paris (sol.) 18 juin 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 422, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1986, p. 853, n° 257, P. Le Cannu ; pourvoi rejeté par Com. 24 févr. 1987, *Bull. Joly*, p. 213, n° 99,

industrielle, mais gère les participations financières qu'elle détient dans ses filiales et assure une certaine unité de direction et de gestion. Le groupe peut également être contrôlé par une compagnie financière ¹.

On peut également distinguer une troisième sorte de groupe, le **groupe personnel** qui est constitué d'un ensemble de sociétés dont l'unité de décision résulte d'une communauté de dirigeants. Ces liaisons personnelles jouent un rôle considérable ² et ont donné lieu à polémique lors de la constitution des « noyaux stables » (« durs ») des sociétés privatisées en 1986-1987 ³.

Les participations entre les sociétés au sein du groupe peuvent se rattacher à trois structures essentielles :

- la **structure pyramidale** permet à la société holding de contrôler ses filiales et sous-filiales en ne possédant dans ces dernières qu'un très faible pourcentage du capital (*supra*, n^{os} 641, 643) ;
- la **structure radiale** suppose au centre une société-mère qui contrôle l'ensemble de ses filiales ;
- la **structure circulaire** : la société A contrôle la société B, qui contrôle la société C, qui contrôle la société D, qui à son tour contrôle la société A.

En pratique, ces différentes structures se combinent (structures radiale et circulaire ; structures radiale et pyramidale...) ⁴ pour aboutir avec le jeu de participations croisées à la constitution de sous-groupes au sein du groupe, qui rend souvent l'écheveau très difficile à démêler (v. par exemple, *infra*, la répartition du capital du groupe d'assurances *Victoire* au moment de l'OPA annoncée par *Suez* sur la *Compagnie Industrielle* contrôlant *Victoire*.)

646 Liens entre groupes ◇ Un groupe aussi important soit-il ne peut généralement pas vivre sans nouer des liens avec d'autres groupes, même concurrents. C'est ainsi qu'il est fréquent que, pour collaborer dans un secteur d'activité déterminé ou bénéficier de services communs, soit constituée une

PLC ; D. 1987, p. 599, J. Honorat. Rapp. sur les déviations auxquelles peut donner lieu le fonctionnement d'une société holding, Paris 28 avr. 1983 (aff. *General Biscuit*) JCP 1986, II, 20553, A. Viandier. V. sur la tendance de la jurisprudence à reconnaître une certaine transparence à la société holding, Paris 18 mars 1988, D. 1989, p. 359, F. Laroche-Gisserot (aff. *Télémechanique*) ; Paris 7 juin 1989, *Gaz. Pal.* 1989, II, 795, O. Douvreur et J.-P. Marchi (aff. *Rémy Martin*).

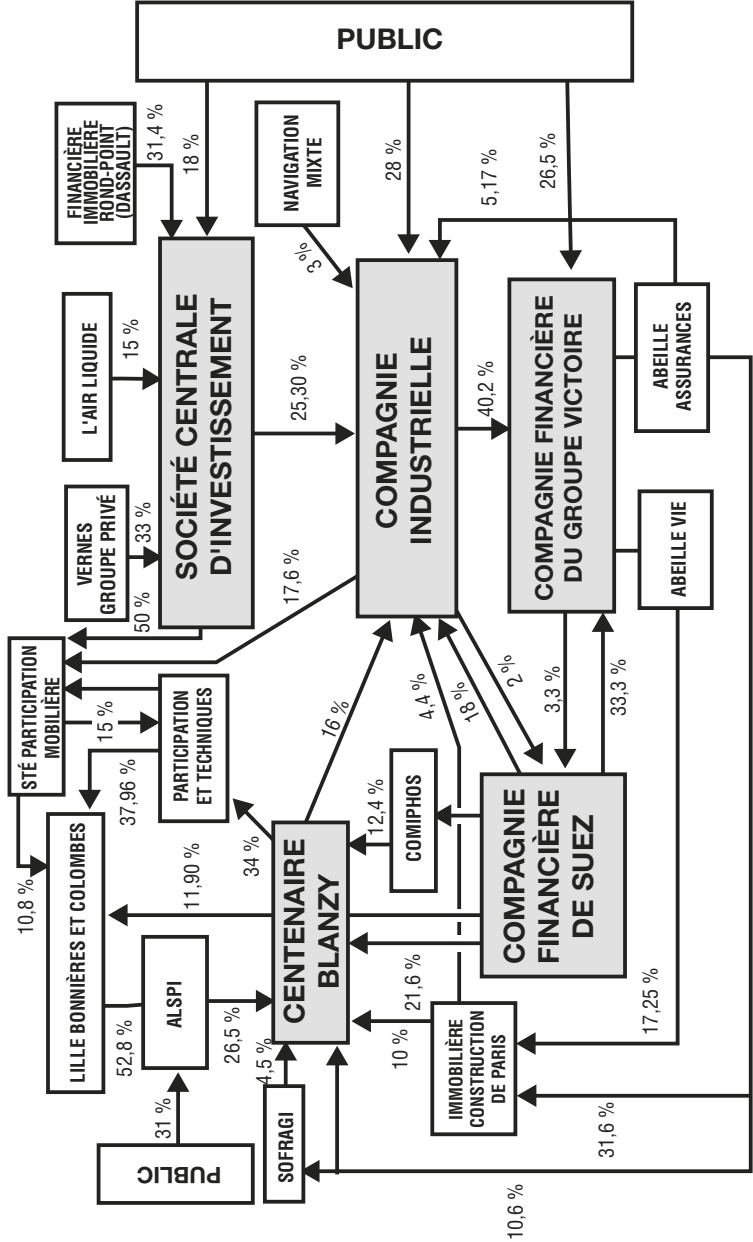
1. Art. L. 517-1 C. mon.

2. V. tout spécialement J. Houssiaux, *Le pouvoir de monopole*, op. cit., Sirey, 1958, spéc. p. 236.

3. Les « noyaux stables » ont été constitués par des industriels et des financiers, français et étrangers, choisis par le ministre de l'Économie et des Finances afin d'assurer aux sociétés privatisées un minimum de stabilité au sein d'un actionnariat atomisé entre des dizaines de milliers de petits porteurs. Cf. F. Morin, *Les trois cercles des liaisons financières (les noyaux durs des sociétés privatisées au 1^{er} sept. 1987)* in *Le Monde*, 17 sept. 1987, montrant bien l'importance des trois pôles : CGE Société Générale (d'un « poids » de 43 milliards de francs), Paribas (18,8 milliards) et Saint-Gobain, à vocation principalement industrielle (13,5 milliards). V. depuis, L. 10 juill. 1989 sur le « dénoyautage » des sociétés privatisées (D. 1989, L. 234).

4. V. les schémas dressés par Cl. Champaud, in *RTD com.* 1967, p. 1043-1044.

Organigramme du groupe *Victoire*



société de sociétés ¹, que les praticiens désignent plus volontiers sous l'expression de **filiale commune** ².

Bien entendu, une filiale commune peut également être constituée entre deux sociétés indépendantes.

La filiale commune peut être constituée sous n'importe quelle forme de société, mais elle ne doit pas fausser le jeu de la concurrence en constituant une mauvaise entente ou en créant un abus de position dominante ³.

La filiale commune fonctionne sur un strict pied d'égalité ⁴. Afin de prévenir les difficultés pouvant survenir en cours de vie sociale, un **protocole** (ou **pacte**) est généralement signé entre les dirigeants des sociétés participantes. Cet accord extrastatutaire contient le plus souvent une disposition organisant la mise en œuvre d'un droit de préemption en cas de cession des droits sociaux afin de maintenir l'équilibre établi initialement (*supra*, n° 325) ⁵. Il peut prévoir également une organisation paritaire au sein de la société et une répartition des postes de direction. La jurisprudence valide plus facilement ce type de convention, qui est souvent la condition *sine qua non* de la création d'une filiale commune, que s'il s'agissait d'un accord passé entre associés d'une société isolée ⁶. La SAS peut être une excellente structure d'accueil (*supra*, n° 595-1 s.)

1. Cette expression « société de sociétés » est préférée à celle de « filiale commune » par certains auteurs qui soulignent que cette seconde dénomination a l'inconvénient de désigner des situations juridiques très variées et que la prétendue filiale n'est souvent pas dépendante, mais, généralement, par le jeu de stipulations contractuelles, contrôle plus ou moins étroitement l'activité économique des sociétés participantes (v. par ex. Cl. Champaud, *op. cit.*, *RTD com.* 1967, p. 1016, n° 13).

2. J.-P. Brill, *La filiale commune*, thèse, Strasbourg, 1975 ; M. Jeantin, *La filiale commune*, thèse, Tours, 1975 ; *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés*, Colloque de Paris, 20-22 févr. 1975, Librairies techniques, 1976.

3. D. Pantz, *Filiales communes et droit interne de la concurrence*, *JCP E* suppl. 4/89, p. 11 (Conseil de la concurrence 13 déc. 1988, marché de l'étanchéité par asphalte coulé dans la région lyonnaise) ; L. Vogel, *Filiales communes et droit communautaire de la concurrence*, *JCP E* 1993, I, 254.

4. Une filiale commune, détenue de manière strictement égalitaire, n'appartient à aucun groupe et le comité d'entreprise ne peut demander son rattachement au comité de groupe d'une des sociétés mères, Soc. 9 févr. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 399, n° 120, M. Jeantin.

5. V. par ex. Com. 12 mai 1975, *préc.*, *Rev. sociétés* 1976, 337, J. Hémard.

6. V. T. com. Paris 1^{er} août 1947 (aff. *Schneider-Marine-Firminy*) *préc.*, *Rev. sociétés* 1974, 685, B. Oppetit ; *RTD com.* 1975, p. 130, n° 17, R. Houin. Les protocoles prévoient souvent un recours à l'arbitrage en cas de difficultés de fonctionnement, et règlent quelquefois par avance les modalités de leur séparation éventuelle. Cf. D. Lamèthe, *La procédure de séparation des partenaires d'une filiale commune*, *Gaz. Pal. doct.* 1978, II, 549.

SECTION 2. MODALITÉS DES PRISES DE PARTICIPATIONS

647 Diversité ◇ Toutes les techniques du droit des sociétés peuvent être utilisées pour réaliser une prise de participation ¹ : la société-mère peut prendre l'initiative de créer une société dont elle détiendra une partie suffisante du capital pour la contrôler.

Il sera intéressant de suivre l'utilisation, déjà faite avec succès, du mécanisme de l'EURL et surtout de la SASU. L'institution de telles sociétés évite en effet d'avoir à rechercher une pluralité d'associés et permet de s'assurer d'un contrôle absolu (*supra*, n^{os} 231 s.).

Grâce à l'*apport partiel d'actif* (*infra*, n^o 672) une société qui apporte une de ses branches d'activité à une autre société, recevra en contrepartie de son apport des actions ou parts sociales de la société bénéficiaire.

La souscription à une *augmentation de capital en numéraire* réservée à la société qui souhaite prendre une participation dans celle qui augmente son capital implique une renonciation des actionnaires de celle-ci à leur droit préférentiel de souscription (*supra*, n^{os} 559, 560).

La prise de participation peut également se réaliser par une opération de *portage* faisant intervenir un intermédiaire financier (*supra*, n^o 42).

Reste enfin la possibilité d'*acheter des actions* (ou des parts). Plusieurs modalités sont concevables, suivant que les titres de la société dans laquelle la prise de participation ou de contrôle est envisagée, sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou non.

L'objet de la cession n'est évidemment pas le même selon qu'il s'agit d'une cession d'actifs ou d'une prise de contrôle (ou de participation) ².

En cas de cession d'actifs, l'acheteur acquiert le fonds de commerce et, le cas échéant, des immeubles, mais, en principe, l'achat est net de tout passif. En revanche, **en cas de cession de contrôle**, le cessionnaire acquiert des actions ou des parts sociales et en reprenant la société, **il acquiert non seulement son actif mais également tout son passif** ³.

1. Cf. *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, n^o 25535. V. égal. X. Boucobza, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ 1998, préf. F. Fouchard.

2. H. Dubout, *Achat d'actions ou achat d'actifs : les critères juridiques du choix*, Bull. Joly 2000, p. 894, n^o 228.

3. Cf. J. Paillusseau, J.-J. Caussain, H. Lazarski, Ph. Peyramaure, *La cession d'entreprise*, 4^e éd. Dalloz 1999, n^{os} 201 s.

§ 1. Prise de contrôle d'une société cotée en bourse ¹

L'évolution récente s'est faite dans le sens d'une plus grande transparence, marquée par la volonté de faire obstacle aux tentatives de prises de contrôle occultes. Le « ramassage » d'actions en bourse qui était souvent important avant le lancement d'une offre publique d'achat (OPA) ou d'échange (OPE) est devenu beaucoup plus difficile. Une réglementation particulière a été édictée en cas de cession de bloc de contrôle.

A. L'achat en bourse

648 Ramassage ² ◇ Celui qui souhaite prendre le contrôle d'une société cotée peut commencer par acheter les actions en bourse, comme tout un chacun. Ce « ramassage » qui paraît simple n'est cependant pas sans inconvénients. Si le marché est étroit, l'opération va prendre du temps et l'augmentation de la demande des titres va nécessairement entraîner une hausse des cours ³. De plus, toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert ⁴ qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus de 5, 10, 15, 20, 25, 33,33, 50, 66,66, 90 et 95 % du capital ou des droits de vote de la société doit informer celle-ci dans un délai de cinq jours de négociation, du nombre total d'actions et de droits de vote qu'elle possède. Elle doit également en informer l'AMF dans un délai de cinq jours de bourse, celle-ci devant porter l'information à la connaissance du public dans les conditions fixées par son Règlement général (cf. art. 223-14 règlement gén. AMF, *infra*, n° 660). À partir de ce moment, l'opération de ramassage risque de devenir plus difficile ; en tout cas, elle sera plus onéreuse ⁵.

En outre, et surtout, depuis la loi sécurité et transparence du marché financier du 2 août 1989, dès lors qu'une personne physique ou morale, agissant seule ou de concert, vient à détenir *plus du tiers des titres de capital ou*

1. Cf. J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, op. cit., Litec, 1991 ; P. Bézard, *Le changement de contrôle de la société cotée*, RJ com. n° spécial nov. 1988, p. 91 ; Colloque Droit et commerce 1998, *La prise de contrôle d'une société*, RJ com. n° spéc. nov. 1998.

2. J.-J. Daigre, D. Bompont, F. Basdevant, *La prise de contrôle rampante*, JCP E suppl. n° 6-2001.

3. Sur la pertinence du cours de bourse en matière fiscale, CAA Paris 27 juin 2003, *Sté financière des Terres Rouges*, RJF 11/03, n° 1229 ; Dr. fisc. 2003, n° 52, comm. 933 ; J.-Ch. Bouchard, *En matière fiscale, le cours de Bourse traduit-il la valeur vénale ?*, Option finance 10 nov. 2003, n° 758. Sur les contestations émanant de l'administration fiscale, A. Couret, L. Cesbron, B. Provost, P. Rosenpick et J.-C. Sauzey, *Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux*, Bull. Joly 2001, p. 1045, § 242, spéc. n° 88 s. Pour une application en matière d'ISF (*supra* n° 420) : Com. 8 juill. 1997, *Desanges*, RJF 12/97, n° 1197, Dr. fisc. 1997, n° 43, comm. 1125 ; 7 janv. 2004, *Despature*, Dr. fisc. 2004, n° 11, comm. 332 (dès lors que les valeurs mobilières cotées en bourse sont évaluées selon la cote boursière, art. 885 T bis CGI, la limite portée à la liberté de les aliéner n'affecte pas leur valeur).

4. Sur l'action de concert, cf. *infra*, n° 660-1.

5. Cf. B. Husson, *La prise de contrôle d'entreprise*, op. cit., p. 176.

plus du tiers des droits de vote d'une société, elle est tenue de déposer un projet d'offre publique visant la totalité du capital (cf. art. 234-2 s. règlement gén. AMF et art. 234-7 s. sur les conditions d'une éventuelle dérogation).

B. Les offres publiques d'achat ou d'échange (OPA-OPE) ¹

649 Caractéristiques ◇ L'offre publique d'achat ou d'échange est l'opération par laquelle une personne morale, mais ce pourrait être également une personne physique, fait connaître publiquement aux actionnaires d'une société qu'elle désire acquérir leurs titres à un prix déterminé, généralement supérieur au cours de bourse, réglé soit en espèces (OPA) soit par remise d'actions ou d'obligations (OPE) ².

L'OPA peut participer d'une logique industrielle (complémentarité des produits de luxe Vuitton, Veuve Cliquot, ou agro-alimentaire entre BSN et Générale Biscuit, Nestlé et Perrier ou Vittel) ³. Elle peut être essentiellement spéculative, le « raider » (prédateur) ne cherchant qu'à réaliser rapidement un bénéfice substantiel en revendant la participation acquise ou en cédant « par appartements » la société conquise. Il n'est toutefois pas possible de tracer une frontière entre les OPA « financières » qui seraient *a priori* suspectes, et les OPA « industrielles » qui seraient *a priori* bénéfiques ⁴.

Alors que l'on avait recensé 32 OPA en 1990, on en a dénombré 57 en 1998 (rapports annuels COB). L'année 1999 a été marquée par plusieurs grandes OPA-OPE : Tabacalera/Seita ; Société Générale/Paribas ; BNP/Société Générale/Paribas ⁵,

1. L'ouvrage de référence est celui d'Alain Viandier, *OPA, OPE, et autres offres publiques*, Francis Levebvre, 3^e éd. 2006 ; adde G. Canivet, D. Martin, N. Molfessis et alii, *Les offres publiques d'achat, Litec*, 2009. Les plus-values réalisées par les entreprises lors d'OPE bénéficient d'un sursis d'imposition (art. 38-7 CGI ; Instr. 14 oct. 1998, BOI 4 B-3-98), régime de faveur étendu aux opérations portant sur des actions de préférence (*supra* n° 289) ainsi qu'aux opérations d'échange d'obligations (*supra* n° 327) contre des actions. L'attribution d'actions subordonnée à l'apport de leurs actions par des actionnaires, dans le cadre et pour les besoins d'une offre publique, constitue une cession à titre onéreux au sens de l'art. 150-0 A CGI, bien que cette attribution résulte d'une décision des organes compétents de la société objet de la prise de contrôle et non de la société auteur de l'offre publique (inapplicabilité de l'art. 120 CGI) : CAA Douai 16 oct. 2007, *Vermeersch*, RJF 4/08, n° 444.

2. L'OPE a un effet néfaste sur le marché financier dans la mesure où chaque fois qu'une société mère absorbe l'une de ses filiales, c'est une valeur qui disparaît de la Bourse. V. la critique de J. Peyrelevade, *Non aux OPE hostiles*, *Le Monde* 6 janv. 2000 et la réplique de P. Richard, *OPE : Ne bridons pas les entrepreneurs*, *Le Monde* 29 janv. 2000. Th. Forschbach, *La création de titres en rémunération d'une OPE peut-elle être décidée en cours d'offre ?* JCP E 1993, I, 255.

3. À la suite de la loi du 5 juill. 1996 limitant le développement des grandes surfaces, Auchan a lancé avec succès une OPA sur Docks de France (enseignes Mammouth).

4. M. Refait, *Le rôle économique des offres publiques d'achat et d'échange*, PUF 1992 ; M. Fleuriot, *Les OPA en France*, Dalloz 1991. V. pour une utilisation originale de cette technique, l'OPA lancée par la Caisse des Dépôts sur le Crédit Foncier pour permettre la nationalisation de ce dernier, en grande difficulté (*Le Monde* 30 août 1996).

5. Sur les conditions d'appréciation de cette OPE multiple (Paribas-Société générale-BNP), Paris 17 juin 1999, JCP E 2000, p. 316, J.-J. Daigre ; *Rev. sociétés* 1999, p. 629, F. Bucher ; *RTD com.* 1999, p. 710, N. Rontchevsky ; *Dr. sociétés* 1999, n° 153, H. Hovasse.

Total-Fina/Elf-Aquitaine... Certaines de ces offres, qui n'avaient pas été sollicitées ont donné lieu à de véritables batailles boursières. En 2002, il n'y a eu que 27 OPA. En 2003-2004, *Alcan* a lancé une OPA-OPE, hostile à l'origine, sur *Péchiney* ; *France Télécom* une OPE amicale sur *Orange* et *Sanofi-Synthélabo* une offre mixte non sollicitée, mais couronnée de succès, sur *Aventis* ¹. L'année 2006 a été marquée par l'offre à l'origine hostile de *Mittal* sur *Arcelor* ². Durant l'année 2007, on avait recensé 45 offres publiques. En 2008, il n'y a eu que 26 offres, 8 relevant de la procédure normale, 18 de la procédure simplifiée (rapports annuels AMF 2007, 2008).

L'opération a d'abord été de pratique courante dans les pays anglo-saxons (*take over bid*) ³ mais le mécanisme n'a été véritablement connu en France qu'à la suite de l'OPA lancée par *BSN* sur *Saint-Gobain* en 1968 ⁴. La tentative, qui était sauvage, a d'ailleurs échoué et il était apparu à l'époque qu'une OPA ne pouvait pratiquement réussir qu'avec l'accord des dirigeants de la société convoitée ⁵.

Les OPA-OPE présentent de **nombreux avantages** : elles permettent de réaliser rapidement des concentrations ou restructurations d'entreprises ⁶, à un prix fixé à l'avance, le même pour tous les actionnaires de la société visée, qui, majoritaires comme minoritaires, seront maintenus sur un strict pied d'égalité. La possibilité d'une telle opération doit inciter les dirigeants à gérer de façon stricte leur société pour que les actions ne soient pas sous-évaluées en bourse, et à « fidéliser » leurs actionnaires (développement de l'information ⁷, distribution régulière de dividendes ⁸, attribution d'actions gratuites...) pour éviter qu'ils succombent aux propositions de « raiders » (v. *infra*, n° 650). Les OPA permettent également d'animer le marché financier.

Cependant, l'OPA, si elle est inamicale, provoque toujours une **déstabilisation** de la société ⁹, et peut entraîner en cas de succès de l'initiateur, son démantèlement (*infra*, n° 651). En outre, le succès de l'opération provoque

1. V. à propos de cette opération, P. H. Conac, *Les bons de souscription d'actions « Plavix » et les principes généraux des offres publiques*, *Rev. sociétés* 2005, p. 321.

2. F. Gilain, *Mittal-Arcelor, Les dessous du bras de fer*, Jourdan éd. Bruxelles 2006.

3. F. Malan, *Les offres publiques d'achat (OPA), l'expérience anglaise*, préf. A. Tunc, LGDJ, 1969.
4. M. Trochu, *Le triomphe du capitalisme sauvage ou BSN contre Saint-Gobain*, D. 1969, chron. 221. Cf. également J.-P. Bertrel, *Les OPA sauvages en France*, *Rev. dr. bancaire* 1988, n° 6, p. 38 ; D. Nora, *Les possédés de Wall Street*, Denoël, 1987.

5. Cf. depuis, D. Cohen, *Vers la fin des offres publiques hostiles*, in *Mélanges P. Didier*, *Economica* 2008, p. 125.

6. C. Masquefa, *La restructuration*, LGDJ 2000, préf. B. Teyssié.

7. Cf. *La communication financière des sociétés cotées*, Études COB mai 1997, p. 1.

8. Les investisseurs institutionnels des grandes sociétés, sans parler des *hedge funds*, n'ont pas l'attachement sentimental que peuvent avoir de « petits » actionnaires envers « leur » société : seuls comptent le rendement et la possibilité d'une plus-value substantielle grâce à la création de valeur.

9. V. également les spéculations boursières provoquées par des rumeurs d'OPA, comme celles nées, à l'été 2005, de l'offre inamicale qui devait être lancée par le groupe américain *PepsiCo* sur *Danone* (*Les Échos* 25 juill. 2005). V. l'art. 433-1, V C. mon. qui permet à l'AMF de demander à toute personne, dont il y a des motifs raisonnables de penser qu'elle prépare une offre, en

de plus en plus souvent la mise en application des règles du droit de la concurrence ¹.

La multiplication des contestations engendrées par la complexité de la réglementation et ses lacunes face à la diversité des opérations, aucune OPA ne ressemblant à une autre, avait provoqué la réforme de 1989. Comme l'indiquait l'exposé des motifs du projet de loi « transparence et sécurité du marché financier », il fallait constituer un « *ensemble cohérent de règles claires, assurant la transparence des transactions et garantissant le respect des intérêts des actionnaires minoritaires, des dirigeants de la société visée et des initiateurs d'OPA* ».

La réglementation, très changeante, encore modifiée par la loi sur les nouvelles régulations économiques ² et la loi sécurité financière, est actuellement contenue dans les articles L. 433-1 à L. 433-3 du Code monétaire et financier, le titre III du livre II du règlement général de l'AMF (articles 231-1 s. ; arrêté du 18 sept. 2006). Seules les grandes lignes de la réglementation peuvent être exposées dans le cadre de ce *Précis* ³.

Au plan communautaire, une très grande différence de conception a longtemps prévalu en matière d'OPA dans les États membres, avec des mécanismes très « verrouillés » aux Pays-Bas ⁴ et en Allemagne ⁵. Dans la perspective de la libération totale du marché des capitaux, une harmonisation des législations s'imposait afin que toutes les sociétés disposent de chances égales. Après quinze années de laborieuses négociations, la **treizième directive** du 21 avril 2004 (JOUE 2004 n° L 142 du 30 avril, p. 12) concernant les offres publiques d'acquisition ou d'échange ⁶ a fini par être adoptée. Elle tend à faciliter les OPA – OPE transfrontalières en fixant un minimum de règles communes destinées à protéger les intérêts des actionnaires et des tiers (information sur l'offre, prix équitable pour les minoritaires, protection des salariés). La réglementation française était déjà en

particulier lorsque le marché des titres fait l'objet de variations significatives, de déclarer ses intentions. Cf. égal. art. 223-32 à 223-35 du Règl. gén. AMF et *Rapport annuel AMF 2006*, p. 132.

1. J. Ph. Gunther et H.B. Griffith, *Contrôle des concentrations de dimension communautaire en matière d'OPA*, RJDA 1992, p. 551 ; cf. *infra*, n° 673.

2. Cf. le commentaire de V. Médail et P. Vergnole, *Bull. Joly* 2001, p. 766, n° 170 ; A. Couret, *D. aff.* 2001, Chr. p. 1778.

3. Pour une étude détaillée, cf. A. Viandier, *préc. éd. Lefebvre* 2006 ; Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, *Economica*, 2^e éd. 2005.

4. Cf. à propos de l'affaire *Gucci*, CA Amsterdam, Chambre des entreprises 27 mai 1999, *Bull. Joly Bourse* 1999, p. 375, n° 85 ; *Bull. Joly* 1999, p. 874, n° 206, D. Schmidt et p. 1245, n° 296 ; *D. aff.* 1999, p. 1402, X. Delpech.

5. Cf. sur la nouvelle loi allemande du 30 nov. 2001, D. Wéber-Rey et C. Daianu, *JCP E* 2002, 723 ; et sur les réglementations applicables dans les principaux pays européens, *Takeover laws in Europe* (feuillets mobiles) sous la direction de T. Baums et G. Thoma, RWS Verlag *Kommunikationsforum*, Cologne 2002.

6. V. le commentaire de B. Lecourt, *Rev. sociétés* 2005, p. 237 ; N. Rontchevsky, *RTD com.* 2005, p. 131 ; P. Servan-Schreiber et A. W. Grumberg, *Défenses anti-OPA, Adoption de la directive européenne sur les OPA et enjeux pour les entreprises françaises*, *JCP E* 2004, 1598 ; K. J. Hopt, *Les OPA en droits français et allemand après la 13^e directive*, *D.* 2007, p. 462.

grande partie conforme à cette directive qui a été transposée par la loi du 31 mars 2006 ¹.

La directive a harmonisé les règles de procédure et de calendrier des offres ainsi que les règles d'offre publique obligatoire. Certaines de ses dispositions limitent le recours à des mécanismes de défense anti-OPA. Mais la directive a laissé aux États l'option de ne pas les appliquer et leur permet de faire jouer la règle de la réciprocité (*infra*, n° 651-1).

650 Déclenchement de l'offre publique ◇ La réforme de 1989 a introduit une modification essentielle en rendant obligatoire le déclenchement d'une offre publique dès lors qu'un certain seuil est atteint ². En effet, lorsqu'une personne physique ou morale, agissant seule ou de concert ³, vient à détenir **plus du tiers des titres de capital ou plus du tiers des droits de vote** d'une société française dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, elle est tenue, à son initiative, d'en informer immédiatement l'AMF. Et elle doit déposer un projet d'offre publique, libellé à des conditions telles, notamment quant au prix offert, qu'il puisse être déclaré recevable par l'Autorité des marchés financiers ⁴.

Le déclenchement d'une offre publique est obligatoire en cas de franchissement de seuils directs (art. 234-2 Règl. général AMF) ou indirects, quand il procède de la prise de contrôle d'une société tierce détenant plus du tiers du capital ou des droits de vote d'une société cotée, qui constitue une part essentielle de ses actifs (art. 234-3) ⁵. Il en est de même, dans un deuxième cas, lorsque des personnes physiques ou morales, agissant seules ou de concert, détenant un nombre compris entre le tiers et la moitié du nombre total des titres de capital ou des droits de vote augmentent, dans un laps de temps inférieur à un an, le nombre des titres de capital ou des droits de vote qu'elles détiennent d'au moins 2 % du nombre total des titres de capital ou des droits de vote de la société (art. 234-5).

Le déclenchement de l'OPA n'est donc pas obligatoire dès lors que la montée en puissance dans le capital de la « cible » s'effectue lentement. On estime que cette

1. V. les commentaires de M. N. Dompé, *Dr. sociétés*, nov. 2006, p. 5 ; N. Rontchevsky, *RTD com.* 2006, p. 437 ; C. Malecki, *D.* 2006, p. 2314 ; J. M. Moulin, *JCP E* 2007, 1218.

2. Cf. Th. Bonneau et N. Rontchevsky, *Bull Joly Bourse* 1999, p. 30. Sur l'application à une société étrangère, Paris 13 janv. 1998, *D. aff.* 1998, p. 704.

3. Sur la notion d'action de concert v. *infra*, n° 660-1. Cf. égal. A. Viandier, *op. cit.* n° 1410 s.V. Paris 13 sept. 2005 (aff. *Hyparlot*) *Dr. sociétés* 2006, n° 8, Th. Bonneau ; *JCP E* 2006, 1121, Cl. Ducouloux-Favard, infirmant une décision de l'AMF, et qui rend obligatoire une OPA malgré une action de concert préexistante.

4. L'initiateur doit également s'engager à lancer un projet d'OPA irrévocable et loyale sur les filiales cotées de la cible, françaises ou étrangères, si ces dernières constituent des actifs essentiels et sont détenues à plus de 33 % (art. L. 433-3, IV C. mon.). Par ex. si une OPA était lancée contre *Renault*, l'assaillant devrait également s'engager à lancer une offre sur *Nissan*.

5. V. par ex. Paris 13 janv. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 572, P. Le Cannu ; *JCP E* 1999, p. 1431, J.-J. Daigre. Sur l'interprétation stricte des conditions de l'offre obligatoire, Paris 25 juin 1998 (*Fermière Casino de Cannes*) *Rev. dr. bancaire*, n° 69-1998, p. 180, M. Germain et M.A. Frison-Roche.

lenteur dans le franchissement de seuil doit permettre à la société visée d'assurer son éventuelle défense.

Si l'offre n'est pas déposée, les titres détenus au-delà du tiers sont privés du droit de vote (art. L. 433-3, I C. mon.) ¹. Cependant, à ces deux hypothèses de dépôt obligatoire, sept **dérogations** sont apportées par l'article 234-9. La dérogation doit être demandée à l'AMF, qui se prononce par une décision susceptible de recours ².

Les dérogations limitativement énumérées visent la transmission à titre gratuit ou la distribution d'actifs, l'augmentation de capital en numéraire, les fusions ³ ou apports d'actifs, le cumul d'une fusion ou d'un apport et d'une action de concert, la réduction du nombre de titres ou de droits de vote, la détention de la majorité des droits de vote par le demandeur ou par un tiers, le reclassement ⁴.

À l'origine, le règlement général du CBV prévoyait que l'initiateur de l'offre devait viser une quantité de titres représentant au moins les deux tiers des titres de capital conférant des droits de vote aux assemblées générales de la société émettrice, compte tenu des titres qu'il détenait déjà directement ou indirectement. Mais le développement des OPA partielles ⁵ a entraîné une vive réaction des actionnaires minoritaires qui étaient ainsi privés de la possibilité de céder la totalité de leurs titres dans de bonnes conditions du fait d'un risque de réduction sur les titres apportés ⁶. Un arrêté du 15 mai 1992 ⁷ a donc modifié le règlement du CBV en exigeant que désormais **l'offre publique vise la totalité des titres de capital** et des titres donnant accès au capital ou aux droits de vote de la société émettrice (actuel art. 234-2 AMF).

1. CMF 6 nov. 1998, *RTD com.* 1999, p. 155, N. Rontchevsky ; *Bull. Joly Bourse* 1998, p. 885.

2. Cf. par ex. Paris 11 juin 1997, *Joly Bourse* 1997, p. 750, n° 120, N. Rontchevsky ; D. 1998, somm. 73, Y. Reinhard ; Paris 7 oct. 1997, *JCP E* 1997, II, 1030, A. Couret ; *Dr. sociétés* 1997, n° 182, H. Hovasse ; *RTD com.* 1998, p. 178, B. Petit et Y. Reinhard et sur pourvoi Com. 19 oct. 1999 (aff. *Lagardère SA*) *Bull. Joly* 2000, p. 74, n° 15, J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1999, n° 182, H. Hovasse ; D. aff. 2000, p. 16, M. Boizard.

3. H. Hovasse, *La fusion de sociétés dans la réforme des offres publiques d'acquisition*, *Dr. sociétés* 1999, n° 28 ; cf. égal. Paris 20 oct. 1998 (aff. *Canal +*), *Bull. Joly* 1999, p. 122, n° 29, P. Le Cannu ; *Bull. Joly Bourse* 1998, p. 829, S. Robineau ; *RTD com.* 1999, p. 153, Ch. Goyet ; D. 1999, somm. 254, Y. Reinhardt (absorption par fusion d'un concertiste).

4. Paris 19 mars 2002 *RJDA* 2002, p. 646, n° 773.

5. La limitation à 66 % des OPA avait été justifiée par le souci de rendre moins coûteuses les opérations de restructuration, cf. rapport Th. Marraud, *Propositions sur les mécanismes et la réglementation des offres publiques d'achat en bourse*, CNPF sept. 1988, p. 11.

6. En particulier, à l'occasion des opérations Pinault sur *Le Printemps* et du groupe Agnelli sur *Exor-Perrier* (Investir 2 déc. 1991). Cf. A. Couret, *Cession des sociétés cotées et protection des minoritaires*, *Bull. Joly* 1992, p. 363, n° 122. V. égal. Paris 24 juin 1991, (aff. *Galeries Lafayette/Devanlay*) *Bull. Joly* 1991, p. 806, n° 289 ; *JCP E* 1991, II, 215, Th. Forschbach ; *RJ com.* 1991, 305, Ch. Goyet ; *Rev. sociétés* 1992, p. 70, D. Carreau et J.-Y. Martin. Cf. égal. A. Viandier, *Bull. Joly* 1991, p. 776, n° 282 et Paris 21 mai 1991 (ord. Premier Président) *Bull. Joly* 1991, p. 715, n° 258, A. Viandier.

7. Cf. Th. Bonneau, *La réforme des offres publiques d'acquisition*, *Bull. Joly* 1992, p. 599, n° 196 ; D. Schmidt et Cl. Baj, *De l'ancien au nouveau règlement général du Conseil des bourses de valeurs*, *Rev. droit bancaire*, 1992, p. 137 ; A. Viandier, *JCP E* 1992, I, 164.

L'égalité des actionnaires est ainsi assurée, que l'on soit en présence d'une offre publique ou d'une cession de bloc de contrôle (*infra*, n° 653).

650-1 Déroulement de l'offre ◇ Le projet d'offre est mis au point secrètement par l'initiateur avec le concours d'un établissement bancaire spécialisé, expert en stratégie et rompu aux subtilités de la communication ¹, gages du succès de l'OPA-OPE. Le projet d'offre, qui doit être irrévocable, est déposé auprès de l'AMF par un ou plusieurs prestataires de services d'investissement agissant pour le compte du ou des initiateurs. Sont mentionnés les objectifs poursuivis par l'initiateur, le cas échéant, le nombre et la nature des titres de la société visée qu'il détient déjà, éventuellement le nombre minimum de titres qui doivent être présentés en réponse à l'offre pour que celle-ci comporte une suite positive, le prix ou les parités d'échange proposées, ainsi que les modalités de paiement ou d'échange prévues (art. 231-13 AMF).

Depuis la transposition de la directive, le « prix équitable » proposé doit, en principe, être au moins équivalent au prix le plus élevé payé par l'auteur de l'offre agissant seul ou de concert sur une période de douze mois précédant l'offre (art. L. 433-3, I, al. 2 C. mon. ; art. 234-6 AMF).

L'AMF, dès qu'elle est saisie du projet d'offre, publie un avis de dépôt qui marque le début de la période d'offre. Elle dispose d'un délai de dix jours de négociation en bourse pour apprécier la **conformité du projet** d'offre aux dispositions législatives et réglementaires (art. 231-20, I, AMF).

La décision de l'AMF est susceptible de recours devant la cour d'appel de Paris, qui n'hésite pas à censurer toute décision insuffisamment motivée. Tel a été le cas lors de l'OPE de *Schneider* sur *Legrand*, à la suite du recours des porteurs d'actions à dividende prioritaire de *Legrand* qui s'estimaient mal traités par rapport aux porteurs d'actions ordinaires ².

À la demande du président de l'AMF, *Euronext Paris* (ex Paris-Bourse SA) peut suspendre immédiatement la cotation des titres de la ou des sociétés concernées (art. 231-15 AMF).

Lorsqu'une personne envisage de déposer un projet d'offre, en vue d'acquiescer une quantité de titres d'un établissement de crédit, elle est tenue d'en informer le gouverneur de la Banque de France huit jours ouvrés avant le dépôt de ce projet (*cf.* art. L. 511-10 *in fine* C. mon.). Lorsque l'offre porte sur des titres d'une entreprise d'assurance, il convient d'en informer le ministre chargé de l'économie deux jours ouvrés avant le dépôt (*cf.* art. L. 322-4 C. assurances).

1. *Cf.* pour la condamnation d'une publicité contraire à la déontologie qui doit régner en matière d'OPA, T. com. Paris (ord. réf.) 29 févr. 1988 (aff. *Télémechanique/Schneider*), *Gaz. Pal.* 1988, II, 470, J.-P. Marchi.

2. Paris 3 mai 2001, *JCP E* 2001, p. 1046, A. Viandier ; *Bull. Joly* 2001, p. 796, n° 174, D. Schmidt ; *Dr. sociétés* 2001, n° 119, H. Hovasse ; *D. aff.* 2001, p. 1875, M. Boizard ; A. Couret, *L'annulation d'une décision de recevabilité d'une OPE*, *RJDA* 2001, p. 803. *Cf.* égal. E. Brochier et M.A. Frison-Roche, *Les décisions du CBV en matière d'offres publiques et le principe du contradictoire*, *Gaz. Pal.* 29 oct. 1992, doct. ; Paris 16 déc. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 133, A. Viandier.

OFFRE PUBLIQUE D'ACHAT

ACTIONNAIRES DE DOCKS DE FRANCE, POUR RÉALISER VOTRE PLUS-VALUE* PARTICIPEZ A L'OPA

1250^F

PRIX OFFERT PAR AUCHAN

pour une action
Docks de France
Prix ferme jusqu'au
30 juillet 1996

L'Offre Publique d'Achat présentée par Auchan sur 100 % du capital de la société Docks de France constitue une réelle opportunité de plus-value sur vos actions Docks de France. Le prix offert de 1250 F représente notamment :

- **29 fois** le bénéfice net consolidé (part du Groupe) de l'Exercice 95, par action Docks de France,
- **37 %** de prime par rapport à la moyenne des cours de l'action Docks de France des 6 mois précédant le 14/05/96, date de l'annonce du franchissement de seuil par Auchan.

La présente offre concerne également les porteurs d'obligations convertibles 7,50 % 1990 auxquels il est proposé F 12 500 par obligation convertible apportée.

Donnez dès à présent vos instructions à votre banque ou à votre intermédiaire financier pour apporter vos titres à l'offre et bénéficier du prix attractif offert par Auchan jusqu'au 30 juillet 1996.

* Il est rappelé qu'Auchan se réserve le droit de ne pas donner suite à l'offre si le nombre de titres apportés ne lui permet pas de détenir à l'issue de l'offre, la majorité des droits de vote de Docks de France.



Pour toute information **N° 05014545**

Une note d'information (visa COB N° 96 - 287 du 02 juillet 1996) est tenue sans frais à la disposition du public chez les intermédiaires financiers ou au Siège Social d'Auchan - 40, avenue de Flandre - 59170 Croix.

● MEDIA FINANCE

Auchan, après avoir ramassé en bourse 17,12 % du capital de Docks de France, qui exploitait notamment l'enseigne Mammouth, a lancé son OPA le 24 juin 1996. Cette offre inamicale devait permettre à Auchan de devenir le quatrième groupe de distribution en France, avec un chiffre d'affaires de 110 milliards de francs (16,77 milliards €). L'opération de croissance externe fut entreprise à un moment où était discuté le projet de loi qui réduisait les possibilités d'implantations des hypermarchés (Loi « Raffarin » du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat).



DOCKS DE FRANCE

AVIS MOTIVÉ DU CONSEIL D'ADMINISTRATION
DE DOCKS DE FRANCE SUR L'O.P.A. D'AUCHAN

Le Conseil d'Administration de la Société Docks de France s'est réuni mardi 9 juillet 1996, sous la Présidence de M. Michel Deroy.

Tous les membres étaient présents, sauf M. Jean-Michel Dian qui était représenté par M. Jacques Dian. Le Président a rappelé aux membres du Conseil d'Administration les principales caractéristiques de l'Offre Publique d'Achat d'Auchan, portant sur 100% des titres de la Société Docks de France, aux prix de F. 1.250 par action et de F. 12.500 par obligation convertible, courant du 3 au 30 juillet 1996, dont ils ont pu prendre connaissance de manière détaillée dans la note d'information publiée par Auchan.

Le Président a rappelé au Conseil d'Administration que l'offre d'Auchan n'est pas conforme aux intérêts du Groupe Docks de France, compte tenu notamment des constatations suivantes :

- Révélant le 14 mai son entrée au capital de Docks de France, Auchan avait affirmé qu'elle ne visait qu'à prendre une participation minoritaire pour consolider le capital soi-disant menacé de Docks de France, et qu'il s'agissait pour elle d'un placement financier patrimonial à long terme.
- Le dépôt de l'Offre Publique d'Achat dément les intentions alors déclarées par Auchan et avoue le caractère hostile de sa démarche, dont le but n'est autre que de prendre purement et simplement le contrôle total de Docks de France et de son Groupe dans le seul intérêt d'Auchan.
- Le développement du Groupe Docks de France a été fondé sur des valeurs d'ouverture, de transparence et de décentralisation, par la réunion successive de sociétés régionales toujours réalisée en plein accord mutuel et avec le maintien de structures locales. Cette culture a permis à Docks de France d'enregistrer des résultats extrêmement positifs permettant au Groupe de poursuivre son développement en France et à l'étranger, avec une capacité d'investissements aujourd'hui de plus de 3,5 milliards de francs.
- Le caractère hostile de la démarche et la contradiction des intentions affichées par Auchan, justifient les plus vives inquiétudes et incertitudes sur le devenir du Groupe Docks de France et sur le maintien de son intégrité, une fois celui-ci passé sous le contrôle d'un groupe désireux d'en disposer à sa guise et de se réserver le bénéfice exclusif des fortes potentialités que représente Docks de France sans en payer le prix.

En conséquence, le Conseil, à l'unanimité, a considéré que l'offre d'Auchan n'était pas conforme aux intérêts de la Société Docks de France et a confirmé au Président sa volonté de voir poursuivre l'examen de solutions alternatives susceptibles de concilier les intérêts de la Société et ceux des actionnaires.

Dans ce cadre, le Conseil d'Administration a décidé, à l'unanimité, de recommander aux actionnaires de la Société d'attendre pour prendre leur décision, en rappelant que celle-ci, en l'état du calendrier actuel, peut en tout état de cause intervenir jusqu'au 30 juillet inclus. Dans ce contexte, les administrateurs à titre individuel ont pris quant à présent la décision de ne pas apporter leurs titres à l'offre.

LES LIENS FINANCIERS

mammouth

ATAC

SABECO

SOF

Le conseil d'administration de *Docks de France*, réuni le 9 juillet 1996, fit connaître son hostilité à l'OPA et ses administrateurs prirent la décision de ne pas apporter leurs titres à l'offre. Cet avis motivé du conseil de la société cible fut rendu public, avec la note d'information, en application de l'article 11 du règlement COB n° 89-03 (actuel art. 231-19, 4° Règl. général AMF ; cf. égal. art. 261-1 s. sur les conditions de nomination d'un expert indépendant). Il indiquait l'intérêt ou le risque que présentait l'offre pour la société visée et pour ses actionnaires, les conditions de vote dans lesquelles cet avis avait été obtenu, les administrateurs minoritaires pouvant demander qu'il soit fait état de leur identité et de leur position ¹.

1. E. Cafritz et D. Caramalli, *La responsabilité des dirigeants de la société cible quant à leur prise de position sur l'offre envisagée*, D. 2004, p. 122, à propos de Versailles 17 janv. 2002, Bull. July 2002, p. 515, n° 111, J. F. Barbiéri, confirmant Trib. com. Nanterre 6 oct. 2000, JCP E 2001, p. 619, A. Couret. Cf. égal. D. Schmidt, *Les droits des minoritaires et les offres publiques*, D. 2007, p. 1887.



DOCKS DE FRANCE

DÉLIBÉRATION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE DOCKS DE FRANCE SUR L'OPA DE AUCHAN 22 juillet 1996

Le Conseil d'Administration de la Société DOCKS DE FRANCE s'est réuni le lundi 22 juillet 1996, sous la Présidence de Monsieur Michel DEROT.

Tous les membres étaient présents, sauf la COMPAGNIE D'INVESTISSEMENTS DE PARIS, représentée par Monsieur Daniel LEBÈQUE, qui a donné pouvoir à Monsieur Michel DEROT.

Monsieur le Président a rappelé aux administrateurs que compte tenu de la position unanime prise par le Conseil vis-à-vis de l'OPA d'AUCHAN lors de sa réunion du 9 juillet, il avait été mandaté pour poursuivre l'examen de solutions alternatives, susceptibles de concilier les intérêts de la Société et ceux de ses actionnaires.

Il a rendu compte de l'ensemble des démarches qui ont été effectuées en ce sens depuis cette date et qui n'ont pas permis d'aboutir à une solution alternative dans les délais impartis.

Il a été conduit en conséquence à demander à ses conseils de se rapprocher de ceux d'AUCHAN en vue d'obtenir qu'il soit tenu compte, avant la date de clôture de l'offre, des observations formulées par le Conseil d'Administration de DOCKS DE FRANCE lors de sa réunion du 9 juillet précitée.

Il leur a alors donné lecture de la lettre qui lui a été adressée par le Président du Directoire d'AUCHAN, dont le texte intégral est annexé au procès-verbal de la présente réunion, et par laquelle AUCHAN a solennellement confirmé ses intentions articulées autour des quatre thèmes suivants :

- « 1. – Notre projet est fondé sur la complémentarité des deux entreprises, en vue de leur développement mutuel.

- 2. – L'identité des deux groupes sera préservée, et la pérennité du Groupe DOCKS DE FRANCE sera assurée.

- 3. – Les engagements de DOCKS DE FRANCE envers ses collaborateurs seront préservés.

- 4. – Des mesures de nature à assurer une transition harmonieuse seront mises en œuvre. »

Après en avoir délibéré et compte tenu de la confirmation par AUCHAN de ses engagements formels, déjà rendus publics par voie de presse après le 9 juillet, le Conseil d'Administration a accepté de reconsidérer sa position à l'égard de l'OPA.

Les intentions d'AUCHAN étant claires quant à la pérennité de l'entreprise et de l'emploi, et à son autonomie juridique et opérationnelle, le Conseil, confiant dans le respect de ces engagements, a considéré l'offre compatible avec les intérêts de DOCKS DE FRANCE.

Concernant l'intérêt des actionnaires, AUCHAN s'est engagé à offrir immédiatement 1.270 francs par action et 12.700 francs par obligation convertible et à supprimer la condition de minimum de 51 % de droits de vote dont était assortie son offre initiale.

Dans ce contexte, le Conseil a décidé à l'unanimité à l'exception de Monsieur Gérard TOULOUSE, qui s'est abstenu, que l'offre d'AUCHAN est désormais acceptable ; tous les administrateurs ont pris à titre individuel la décision d'apporter leurs titres à l'offre ou de les céder à AUCHAN sur le marché. Le Conseil a décidé également que les titres d'autocontrôle, soit 695.004 actions représentant 4,7 % du capital au 28 juin 1996, seront apportés ou cédés à AUCHAN.

mammoth 

ATAC 

SABECO



Docks de France rechercha alors une « solution alternative ». Mais, faute de trouver un « chevalier blanc », son conseil d'administration fut contraint d'accepter l'offre. Auchan releva symboliquement son offre de 1 250 F à 1 270 F, ce qui valorisait le groupe à 19,5 milliards de francs, et assurait certaines garanties au personnel et aux dirigeants de la cible. Les administrateurs de *Docks de France* décidèrent alors d'apporter leurs titres à l'offre (conseil d'administration du 22 juillet 1996).

L'offre ayant été couronnée de succès, le Conseil de la concurrence estima qu'existait une « position prééminente susceptible de comporter des risques d'atteinte à la concurrence » sur trois sites. Auchan dut donc « échanger » trois hypermarchés Mammoth avec une enseigne concurrente (Avis cons. concur. 10 sept. 1996, Contrats, concur. consom. 1997, n° 27, L. Vogel ; Les Échos, 24-25 janv. 1997).

Un décret du 30 décembre 2005, connu sous le nom de « **décret anti-OPA** »¹, a précisé les conditions d'application de l'article L. 151-3, I, C. mon. qui soumet à l'autorisation du ministre de l'économie certains investissements étrangers réalisés dans des secteurs sensibles, de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts de la défense nationale (cf. art. R. 153-1 à R. 153-12 C. mon.). Ce décret a suscité de vives critiques de la part des autorités européennes compte tenu des principes relatifs à la libre circulation des capitaux et au droit d'établissement. Le décret est considéré comme protectionniste et discriminatoire, de telle sorte que la France n'est pas à l'abri d'une procédure d'infraction avant la saisine de la justice européenne².

La loi NRE du 15 mai 2001 et la loi du 31 mars 2006 ont renforcé de façon importante l'information qui doit être donnée aux **salariés** en cas d'offre publique, ce qui doit leur permettre de jouer un rôle actif pour favoriser le succès de l'OPA-OPE ou entraîner son échec³.

En cas de dépôt d'une offre portant sur une entreprise, le chef de cette entreprise et le chef de l'entreprise qui est l'auteur de cette offre doivent réunir immédiatement leur comité respectif pour l'en informer.

Au cours de la réunion du C. E. qui fait l'objet de l'offre, celui-ci décide s'il souhaite entendre l'auteur de l'offre et peut se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre. L'auteur de l'offre présente alors sa politique industrielle et financière, ses plans stratégiques pour la société visée et les répercussions de la mise en œuvre de l'offre sur l'ensemble des intérêts, l'emploi, les sites d'activité et la localisation des centres de décision de ladite société.

Si le représentant de la société auteur de l'offre ne se rend pas à la réunion, la société, à titre de sanction, est privée des droits de vote attachés aux titres de la société faisant l'objet de l'offre qu'elle détient ou viendrait à détenir. Cette sanction s'étend aux sociétés qui la contrôlent ou qu'elle contrôle. Une sanction identique s'applique à l'auteur de l'offre, personne physique, qui ne se rend pas à la réunion du comité d'entreprise. La sanction est levée le lendemain du jour où l'auteur de l'offre a été entendu par le C. E. de la société faisant l'objet de l'offre.

Lorsque l'offre porte sur l'entreprise dominante d'un groupe, le chef d'entreprise en informe immédiatement le comité de groupe et il est fait application des dispositions prévues pour le comité d'entreprise (cf. art. L. 2323-21 s. C. trav.).

Le **public** est également largement informé par chacune des sociétés concernées qui doit établir une note d'information soumise au visa de l'AMF (cf. art. 231-16 s. AMF).

1. Sur ce décret, cf. G. de Vries, *JCP E* 2006, 1849 ; E. Chvika, *D.* 2006, p. 218.

2. Communication de la communauté européenne du 12 oct. 2006, *BRDA* n° 20-2006, p. 10 ; *Les Échos* 6-7 oct. 2006.

3. Cf. les précisions apportées par la COB, in *Bull.* juill.-août 2001, p. 43 ; *RTD com.* 2001, p. 718, N. Rontchevsky, M. Storck. V. déjà sur le rôle des salariés de la *Télémechanique* mobilisés contre l'OPA de *Schneider* au printemps 1988 (grève générale, manifestations diverses). *R.M. JO* déb. AN 3 déc. 1990, p. 5554, *Bull. Joly* 1991, p. 70, n° 13. Les salariés de la *Société Générale* (qui détenaient 10,8 % des droits de vote) ont également joué un rôle décisif pour s'opposer au raid de la *BNP* en 1999.

Le même souci d'information s'est également manifesté en faveur des **actionnaires** des sociétés cotées : le rapport de gestion doit désormais exposer et, le cas échéant, expliquer les éléments énumérés par l'article L. 225-100-3, lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique.

Sont ainsi visés, la structure du capital de la société, les restrictions statutaires à l'exercice des droits de vote et aux transferts d'actions, la liste des détenteurs d'actions de préférence, les pactes d'actionnaires, les pouvoirs du conseil d'administration susceptibles de faire échouer l'offre, les accords conclus par la société qui sont modifiés ou prennent fin en cas de changement de contrôle de la société, les indemnités de départ et parachutes dorés des salariés et dirigeants...

Lors de la publication de la déclaration de conformité, qui emporte visa de la note d'information, l'AMF fixe, le cas échéant, la date de reprise des négociations sur les titres concernés (art 231-23 AMF).

À l'occasion de l'OPE d'AXA sur UAP (janvier 1997), on a vu l'offre assortie d'une nouvelle forme de valeur mobilière, le **certificat de valeur garantie**¹ (CVG, qui existaient déjà aux USA sous le nom de *Contingent Value Rights*).

Grâce à ce certificat, l'initiateur peut améliorer l'offre faite à l'actionnaire de la cible qui apporte son titre à l'échange : à une date prédéterminée, le CVG donne droit, si le cours de l'action de la société acquéreuse est inférieur à un certain cours « garanti », au paiement de la différence en numéraire, dans la limite éventuelle d'un plafond fixé lors de l'offre d'origine (CVG « attractifs »)².

La société qui lance l'offre évite ainsi la critique qui pourrait lui être faite de proposer un prix trop bas ou une parité insuffisante. Elle a l'avantage de limiter le coût immédiat de son acquisition et peut espérer ne rien avoir à payer à l'échéance, si la bourse est en hausse. Quant à l'actionnaire, il est assuré de bénéficier d'une valeur minimale.

L'offre publique ne peut être ouverte qu'après la publication de la note d'information de l'initiateur visée par l'AMF. Le délai pendant lequel les actionnaires de la cible peuvent passer leurs ordres est de 25 jours de bourse.

Les transactions sur instruments financiers faisant l'objet de l'offre ne peuvent alors être réalisées que sur un marché réglementé d'un État partie à

1. Cf. G. Decocq, *Une nouvelle forme de valeur mobilière : les certificats de valeur garantie*, JCP E 1997, I, 650 ; A. Desclèves et S. Halley, *Le certificat de valeur garantie*, Rev. dr. bancaire n° 70, 1998, p. 207 ; F.G. Trébulle, *De la nature des certificats de valeur garantie* JCP E 1999, p. 114 ; B. Le Bars, *Pour une approche juridique du CVG*, Joly Bourse 1998, p. 811, n° 176. On peut rapprocher de ce certificat, le bon de cession de valeur garantie (BCVG).

2. Le CVG a également été utilisé par les AGF pour l'acquisition de l'assureur *Worms et Cie* (automne 1997) en surenchérissant sur l'OPA lancée par *Artémis*, par une offre d'un prix plus élevé assorti d'un CVG. L'initiateur peut aussi proposer aux actionnaires de la cible qui conserveraient leurs titres de bénéficier d'une garantie de prix à terme, représentée par le CVG qui est alors « défensif » (OPA *Spie-Batignolles*, mai 1995).

l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché reconnu (art. L. 421-13 C. mon.) ¹.

Si l'offre publique est amicale, le délai court à partir de la date de publication de la note d'information commune de l'initiateur et de la cible.

Si l'offre est hostile, le délai court à partir de la date de publication de la note d'information établie par la cible en réponse à celle de l'initiateur. Mais, dans cette hypothèse, la durée de l'offre ne peut pas excéder 35 jours de bourse à compter de la date de publication de la note d'information de l'initiateur (sur le calendrier de l'offre, cf. art. 231-31 s. et 232-2 AMF) ².

Au plus tard cinq jours avant la clôture de l'OPA, son initiateur a la faculté de **surenchérir** sur les termes de son offre (art. 232-6 AMF) ³. Une **offre publique concurrente** d'une offre initiale peut être également présentée ⁴. Les offres publiques d'achat concurrentes et les surenchères doivent en principe être libellées à un prix supérieur d'au moins 2 % au prix antérieur (art. 232-7 AMF) ⁵.

L'AMF publie les résultats de l'offre (art. 232-3 AMF). Elle indique si l'offre est déclarée sans suite (avec restitution des titres offerts) ou comporte une suite positive (avec indication du nombre de titres acquis par l'initiateur).

En cas de succès de l'offre publique (ou après une cession de bloc de contrôle, *infra*, n° 653) l'assemblée générale peut être convoquée non seulement par les organes normalement habilités à le faire (*supra*, n° 461), mais aussi par les actionnaires majoritaires en capital ou en droits de vote.

Cette disposition tend à permettre aux nouveaux majoritaires de révoquer rapidement les dirigeants de la société dans l'hypothèse où, devenus indésirables, ceux-ci refuseraient de démissionner et de convoquer une assemblée appelée à les remplacer (art. L. 225-103-II-4°).

Une **procédure simplifiée** peut être autorisée par l'AMF, notamment lorsque l'initiateur détient déjà directement ou indirectement, seul ou de

1. Cette disposition introduite par la loi NRE tend à éviter les dérives qui s'étaient produites lors de l'offre *BNP/Société Générale* ou de nombreux titres *Société Générale* avaient été acquis hors de France à des prix supérieurs au cours pratiqué en France.

2. Ce dispositif ne s'applique pas aux offres menées selon la procédure simplifiée.

3. Paris (ord. Premier Président) 6 nov. 1997, *Joly Bourse* 1998, p. 262, n° 66, N. Rontchevsky (recours contre une décision du CMF déclarant recevable une surenchère).

4. Au printemps 1997, *Promodès* avait lancé une OPA sur *Casino Rallye*, principal actionnaire de *Casino*, hostile à l'opération, avait alors lancé une contre-offre à option assez complexe. *Promodès* avait réagi en relevant son offre de 10 %. Après une longue bataille médiatique et judiciaire, un accord amiable a été conclu entre *Promodès* et *Rallye*, permettant à cette dernière de devenir l'actionnaire majoritaire de *Casino* (*Le Monde*, 30 déc. 1997).

5. L'AMF peut fixer une date de clôture définitive lorsque plus de trois mois se sont écoulés depuis le dépôt du projet de l'offre, ce qui permet de limiter le nombre de surenchères (art. L. 433-1-1 C. mon.).

concert, la moitié au moins du capital et des droits de vote d'une société ¹ ou lorsqu'il ne vise qu'une participation au plus égale à 10 % des titres de capital conférant des droits de vote ou à 10 % des droits de vote de la société visée (cf. art. 233-1 s. AMF) ².

Pendant toute la durée de l'opération, certains principes généraux, fixés par la COB et repris par l'AMF, doivent être respectés (art. 231-3 s. AMF) ³.

C'est ainsi que l'initiateur et la société visée doivent s'assurer que leurs actes, décisions et déclarations n'ont pas pour effet de compromettre l'intérêt social et l'égalité de traitement ou d'information des détenteurs de titres des sociétés concernées. De même, si les dirigeants des sociétés concernées décident d'accomplir des **actes autres que de gestion courante**, ils doivent en aviser l'AMF afin de lui permettre de veiller à l'information du public et de faire, le cas échéant, connaître son appréciation. Enfin, la compétition que peut impliquer une OPA-OPE devant s'effectuer par le libre jeu des offres et de leur surenchère ⁴, les dirigeants de la société visée ne peuvent plus accroître les participations d'*autocontrôle* à compter du dépôt du projet d'offre ⁵. Cependant, la société cible peut poursuivre son programme de rachat d'actions (cf. art. 232-17, al. 2 AMF).

651 Défenses anti-OPA-OPE ⁶ ◇ Il y a longtemps qu'aux États-Unis on s'inquiète des opérations montées par des *raiders* à la recherche de plus-values très rapides, avec la collaboration de cabinets de *lawyers* spécialisés et de banques d'investissement encaissant des commissions proportionnelles

1. Cette « offre de fermeture » représente la plus grande partie des procédures simplifiées. V. l'OPA simplifiée lancée par le groupe de cosmétique *Clarins* qui ne souhaitait plus être coté en bourse (*La Tribune* 27 juin 2008).

2. V. par ex. Paris 7 juill. 1995 *RJDA* 1995, p. 779, n° 989 ; *Dr. sociétés* 1995, n° 257, H. Hovasse. Sur les particularités de la procédure simplifiée, cf. A. Viandier, *OPA, OPE...*, *op. cit.* n°s 1300 s.

3. Cf. égal. A. Couret et L. Faugérolas, *Marchés financiers et garanties des libertés*, D. 1992, chron. 160.

4. Paris 27 avr. 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 605, D. Martin et B. Bompoin ; *JCP E* 1993, II, 457, A. Viandier ; *Joly Bourse* 1993, p. 396, P. Le Cannu ; M.A. Frison-Roche, *Dr. sociétés* juill. 1993, p. 1 (aff. OCP) ; Paris 27 oct. 1993 (aff. *Sucrierie Raffinerie de Chalon-sur-Saône*), *JCP E* 1994, I, 331, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Banque et Droit* 32-1993, p. 21, F. Peltier ; *Rev. dr. bancaire* 40-1993, p. 252, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; D. 1995, somm. 200, Y. Reinhard.

5. T. com. Paris (réf.) 31 mai 1991 (aff. *Galleries Lafayette*) *Rev. dr. bancaire* 1991, p. 149, M. Jeantin et A. Viandier, (interdiction de procéder à aucun mouvement ou transfert d'actions) ; Paris 20 nov. 1991 (aff. *Quadral*), *Rev. sociétés* 1992, p. 327, D. Carreau et J.-Y. Martin ; *RJ com.* 1992, p. 115 (compétence du juge des référés, nécessité d'éviter les situations irréversibles) ; T. com. Paris 16 mars 1992 (affaire *Perrier*), *Bull. Joly* 1992, p. 526, n° 172, M. Jeantin ; *RJ com.* 1992, p. 205, A. Couret ; *Gaz. Pal.* 29 oct. 1992, concl. Gastowtt.

6. Cf. R. Vatinet, *Les défenses anti-OPA*, *Rev. sociétés* 1987, p. 539 ; W.L. Lee et D. Carreau, *Les moyens de défense à l'encontre des offres publiques d'achat inamicales en France*, D. 1988, chron. 15 ; A. Viandier, *Offres publiques et droit des sociétés*, *Gaz. Pal.* 1988, I, doct. 247 ; D. Carreau et J.-Y. Martin, *Les moyens de défense anti-OPA en France*, *Banque* 1990, p. 896 et 1032 ; D. Bouillet, *La sauvegarde des sociétés face aux offres publiques d'achat sauvages*, *JCP E* 1998, p. 453.

Actionnaires de l'UAP,

2+2=5*

voici venu le temps
des échanges enrichissants.

Offre Publique d'Échange

***AXA propose aux actionnaires de l'UAP d'échanger 5 actions UAP contre 2 actions AXA + 2 certificats de valeur garantie.**

La valeur garantie au 1^{er} juillet 1999 ** par AXA sur chaque action UAP fait ressortir une prime globale de 51 % sur le cours récent de l'action UAP (moyenne des trois mois précédant le dépôt de l'offre auprès des autorités de tutelle).

AXA garantit une valeur de 157 francs par action UAP au 1^{er} juillet 1999 ** dans le cadre de l'Offre Publique d'Échange proposée aux actionnaires de l'UAP. Ce montant est à comparer au prix d'achat des actions UAP de 152 francs lors de la privatisation.

Après le 18 décembre 1996, si vous n'avez pas apporté vos titres à l'offre, vous ne pourrez plus bénéficier de l'avantage du certificat de valeur garantie.

Modalités de l'Offre Publique d'Échange

- Concrètement, il est proposé aux actionnaires de l'UAP d'échanger 5 actions UAP contre :
 - 2 actions AXA
 - plus 2 certificats de valeur garantie AXA.
- Ouverture de la période de l'offre : 21 novembre 1996
- Clôture de la période de l'offre : 18 décembre 1996
- Période de cotation du Certificat de Valeur Garantie : la cotation du certificat interviendra dans les 5 jours suivant la date de l'Assemblée Générale Extraordinaire (prévue fin janvier 1997) devant se prononcer sur l'augmentation de capital et l'émission des certificats de valeur garantie, et durera jusqu'au 1^{er} juillet 1999.
- Une note d'information (Visa COB N° 96-531 du 20 novembre 1996) ainsi que le document de référence AXA enregistré auprès de la COB sous le n° R-96-060 et le document de référence de l'UAP enregistré auprès de la COB sous le n° R-96-062 sont tenus sans frais à la disposition du public chez les intermédiaires financiers et au siège d'AXA : 23, avenue Maignon 75008 Paris, ainsi qu'au siège de l'UAP : 9, place Vendôme 75001 Paris.
- Contactez dès à présent votre banquier ou votre intermédiaire financier habituel pour bénéficier de cette offre.

** Le 1^{er} juillet 1999, si le cours d'AXA est inférieur à 392,50 francs (moyenne des cours d'ouverture pour les 30 derniers jours de Bourse précédant le 1^{er} juillet), soit un équivalent de 157 francs par action UAP apportée à l'offre, chaque certificat donnera droit au paiement en numéraire de la différence, dans la limite de 80 francs (soit 32 francs par action UAP) ; si, à cette date, le cours d'AXA est inférieur à 312,50 francs, le montant versé pour chaque certificat sera plafonné à 80 francs.

N° Vert 0 800 139 139

APPEL GRATUIT



au montant du capital en jeu. Même les sociétés les plus respectables ne sont pas à l'abri de l'assaut d'un « petit » qui ne se sent lié par aucune tradition ¹.

Aux USA, le recours aux mesures de défense est cependant moins utilisé depuis la montée en puissance des principes de gouvernance d'entreprise. On considère en effet que c'est à l'actionnaire de décider seul de l'issue à donner à une offre, qu'elle soit amicale ou hostile ².

En France, une certaine inquiétude se manifeste à chaque crise boursière parmi les dirigeants de sociétés au capital très dispersé (*Accor, Danone, Bouygues, Pernod-Ricard...*). Les sociétés « opérables » peuvent essentiellement utiliser à titre préventif deux séries de mesures, qui passent par la maîtrise de leur capital social et un renchérissement du coût de l'opération pour l'initiateur. Ces mesures défensives sont désormais encadrées à la suite de la transposition de la directive du 21 avril 2004 (*infra*, n° 651-1).

1) La maîtrise du capital social consiste à développer le *capital non votant*, qui n'intéresse pas les *raiders* puisque les titres qui le représentent ne permettent pas de renverser les dirigeants en place. D'où l'intérêt des actions de préférence sans droit de vote. La société peut également racheter ses propres actions (*supra*, n° 279) ³, mais depuis le 1^{er} juillet 1991, les droits de vote attachés aux actions d'auto-contrôle ne peuvent plus être exercés à l'assemblée générale de la société (art. L. 233-31, *infra*, n° 663).

Le *capital votant* doit être également mieux contrôlé. Les salariés, qui ont tendance à prendre davantage en compte les perspectives de long terme de leur société que les non salariés à l'affût d'une plus-value rapide, peuvent être invités à déléguer leur droit de vote aux représentants du FCPE ou de l'association qui regroupe les cadres (*Essilor, Eiffage*). Un verrouillage et une surveillance accrue du marché des titres peuvent être instaurés. Le verrouillage peut être statutaire, non plus avec des clauses d'agrément (*supra*, n° 321), mais avec des actions à vote double (*supra*, n° 309).

De nombreuses sociétés cotées ont prévu dans leurs statuts des actions à vote double. Certaines d'entre elles ont fixé un délai allant jusqu'à 5 ans.

Le verrouillage extra-statutaire peut être obtenu grâce à la création de sociétés holdings. C'est ainsi que certains holdings ont adopté la forme de la commandite par actions (*Lagardère Groupe, Michelin, Hermès, Euro-Disney...*) qui présente de nombreux avantages : l'assaillant ne peut devenir que commanditaire et un commanditaire ne peut pas accéder aux fonctions de gérance de la commandite ; en outre, les statuts peuvent même prévoir une quasi-irrévocabilité du gérant (*supra*, n° 593).

1. V. sur les techniques américaines de protection, B. Husson, *La prise de contrôle d'entreprise*, op. cit. et le vocabulaire très imagé employé : *white knight, black knight, crown jewels, poison pills, shark repellents, greenmail...* Cf. A. Viandier, *Les défenses anti-OPA aux États-Unis*, Banque 1987, 168.

2. *Les Echos* 22 nov. 2007.

3. Les actionnaires de sociétés hollandaises, comme *Philips*, se sont opposés à des programmes de rachat d'actions, estimant que ces opérations anti-OPA feraient perdre de la valeur à leurs titres (*Les Echos* 16 avril 2008).

Il est désormais prévu que la ou les personnes physiques ou morales qui contrôlent une société anonyme dont les titres de capital sont admis sur un marché réglementé et qui est transformée en société en commandite par actions sont tenues de déposer un projet d'offre de retrait (art. 236-5 AMF ; *infra*, n° 651-2).

Ce verrouillage peut être également obtenu grâce à des engagements de vote qui peuvent être tacites lorsque les actions et certificats de droit de vote sont entre des mains amies ou détenus par un « noyau dur » (stable) ¹. Des promesses d'achat et de vente peuvent être également conclues. Il a été jugé que leur validité n'était pas remise en cause par le déclenchement d'une OPA ².

Dans un souci de transparence, renforcé par la loi NRE, toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions doit être transmise à l'AMF qui en assure la publicité. À défaut de transmission, les effets de la clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements en période d'offre publique (art. L. 233-11 ; *infra*, n° 660-2) ³.

La surveillance du marché des actions est facilitée par la loi qui oblige à déclarer les participations dès qu'elles franchissent certains seuils (art. L. 233-7). Elle peut être renforcée à l'initiative de la société qui peut prévoir dans ses statuts une obligation supplémentaire de déclaration (art. L. 233-7, al. 5 et 6 *in fine*, *infra*, n° 660). La société peut également imposer la forme nominative pour ses titres ou, ce qui est moins lourd, demander à Euroclear la liste de ses actionnaires (art. L. 228-2, *supra*, n° 286) ou l'identification de ses actionnaires non résidents (art. L. 228-1 s., *supra*, n° 272).

Enfin, la société peut également se prémunir en plafonnant les droits de vote dont peut disposer un même actionnaire (*supra*, n° 308) ⁴.

Danone a limité les droits de vote des actionnaires à 6 % et 12 % en cas de vote double et instauré une clause de caducité dès lors qu'un actionnaire viendrait à détenir 67 % des droits de vote (*Rapport annuel COB 1992*, p. 48 ; *La Tribune* 14 sept. 1992).

2) La société « opérable » peut également essayer de dissuader l'éventuel initiateur en renchérissant le coût de l'opération. À cette fin, il est possible de diluer le capital votant, en faisant décider par l'assemblée générale ordi-

1. Sur le rôle d'un syndicat de majorité, cf. TGI Lyon 21 oct. 1987, *JCP E* 1988, II, 15177, n° 25, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. Cf. par ex. T. com. Paris 28 juill. 1986, *RTD com.* 1987, p. 521, n° 7, Y. Reinhard (aff. *Biderman-Primistères* à propos de la société *Radar*) ; 19^e rapport de la COB 1986, p. 30. Rapp. Comité de surveillance des offres publiques 10 juin 1988 (aff. *Holophane*), *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 174, M. Jeantin et A. Viandier.

3. D. Martin et L. Faugérolas, *Les pactes d'actionnaires*, *JCP E* 1989, II, 15526. V. avis de la SBF du 12 mars 1990, *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 134, n° 7, M. Jeantin et A. Viandier.

4. D. Schmidt, *Plafonnement du droit de vote et OPA*, *Rev. dr. bancaire* 1994, p. 151. V. les mesures de plafonnement adoptées par Elf lors de son AGE du 31 mai 1995. Les fonds de pension anglo-saxons sont très hostiles à ce dispositif qui dévalorise leurs participations et votent généralement contre ce type de résolution en AGE.

Vous préférez les tonnes qui rapportent plus
ou celles qui rapportent moins ?

Company	EBITDA (€/tonne*)
Arcelor + Mittal Steel	106
Arcelor + Severstal	130

Prenez la rentabilité du projet Mittal Steel, ajoutez 23 %, vous avez celle du projet Arcelor-Severstal.

A vous de choisir.

arcelor

www.arcelornews.com Numéro Vert : 00 800 4792 4792

* EBITDA 2005. Source : Estimation Arcelor
Note : Arcelor pro forma pour les acquisitions de Dofasco et Alcanor. Severstal pro forma de la fusion avec les actifs miniers et de transfert de Lucchini. Mittal Steel pro forma des acquisitions de Kryzstalstal et ISG (source Arcelor).

Arcelor pense avoir trouvé un « chevalier blanc » en la personne du sidérurgiste russe *Severstal* et lance alors une virulente campagne de presse afin de convaincre ses actionnaires de ne pas apporter leurs titres à *Mittal Steel* (mai 2006).

naire, si les statuts le prévoient, la possibilité d'un paiement du dividende en actions (*supra*, n° 300). La société a pu également prendre la précaution d'émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital à tout moment, les valeurs étant placées entre des mains amies, réunies par exemple au sein d'un pool bancaire ¹.

Ces valeurs peuvent être des bons de souscription autonomes (BSA) des obligations avec bons de souscription d'actions (OBSA) ², des obligations remboursables en actions (ORA) des obligations remboursables en actions à bon de souscription d'actions (ORABSA)...

La société convoitée peut également prendre le contrôle d'une autre société, éventuellement par OPA-OPE, et atteindre une telle dimension qu'elle devient très difficilement « opérable » ³. Elle peut quelquefois lancer elle-même une offre contre l'attaquant. C'est la défense *Pacman*, que les utilisateurs du célèbre jeu vidéo connaissent bien ⁴.

Une autre technique consiste à **diminuer l'intérêt de l'opération** pour l'agresseur. À cette fin, il est quelquefois possible de se dessaisir d'une branche convoitée par le *raider*, si bien que l'opération n'a plus d'intérêt pour lui, mais cette branche est souvent la plus rentable pour la société. Il peut être également envisagé d'accroître l'endettement de la société pour mieux la protéger contre un raid (le contrat de crédit prévoit un remboursement anticipé en cas de changement de contrôle) ⁵. On crée là de véritables pilules empoisonnées (*poison pills*) ⁶.

1. Cf. R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, LGDJ 1990. Sur les obligations du chef de file, T. com. Paris 29 mai 1989, *D.* 1991, somm. 36, M. Vasseur, confirmé par Paris 21 nov. 1990, *Rev. dr. bancaire* 1991, p. 65, Crédot et Gérard.

2. En décembre 1986, l'assemblée générale extraordinaire de BSN (aujourd'hui *Danone*) avait approuvé l'émission d'OBSA réservée à une société, *Gemofim* (composée notamment de *Lazard Frères, Paribas, Société Générale, Deutsche Bank, BNP* et *Crédit Lyonnais*) qui permettait de souscrire environ 30 % du capital de la société. Ce dispositif qui arrivait à échéance en mars 1997 n'a pas été renouvelé. *Danone*, dont le capital est très dispersé, s'est protégée par une limitation statutaire des droits de vote qui oblige l'éventuel prédateur à acquérir plus de 66 % du capital pour faire valoir ses droits (*La Vie Française* 21 févr. 1997, p. 25). Sur ces augmentations de capital différé et leurs limites, cf. Cl. Baj, rapport au colloque *Droit et commerce* 1990, *RJ com.* nov. 1990, p. 156.

3. C'est l'une des explications qui avait été donnée lors du lancement de l'OPE de *Saint-Louis Bouchon* (4,9 milliards de chiffre d'affaires en 1985) contre *Lesieur* (9,25 milliards de CA la même année). L'opération entraîne cependant une perte d'indépendance et n'interdit pas l'intervention d'un mastodonte étranger.

4. La défense *Pacman* a été utilisée pour la première fois en France, en 1999, par *Elf Aquitaine* en réaction contre l'offre hostile de *Total-Fina*. L'offre avait été jugée recevable par le CMF mais la défense a échoué (*Rapport COB* 1999, p. 66).

5. Rapp. sur un contrat de prêt comportant une clause d'exigibilité anticipée en cas de changement de dirigeant, Paris 23 sept. 1997, *RJDA* 1998, p. 211, n° 298 (la clause, plus générale, de changement de contrôle est très fréquente) ; R. M. JO *déb. A. N.* 13 janv. 2004, p. 368 ; *Bull. Joly* 2004, p. 292, n° 53 (clause de changement de contrôle).

6. Par ex. un accord commercial avec un partenaire, se déclenchant en cas d'OPA et s'avérant très gênant pour le *raider*.

651-1 *Défenses permises par la directive du 21 avril 2005* ¹ ◇ La loi de transposition du 31 mars 2006 a adopté les principes figurant dans les articles 9 et 11 de la directive et a retenu l'exception de réciprocité en ce qui concerne la limitation des pouvoirs des organes d'administration ou de direction de la société. La France a ainsi adopté une position libérale, admettant les avantages de l'OPA, tout en reconnaissant la nécessité de défendre les entreprises nationales au nom du « patriotisme économique » ² en permettant notamment la création de « bons d'offre » (ou de défense). Une place essentielle est accordée par la loi aux actionnaires de la société cible.

C'est ainsi que **pendant la période d'offre** visant une société cotée, le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance, le directoire, le directeur général ou le directeur général délégué) de la société cible doit obtenir l'approbation préalable de l'A. G. pour prendre toute mesure dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre (cession d'un actif stratégique, lancement d'une offre sur l'initiateur...) hormis la recherche d'autres offres (art. L. 233-32, I).

En ce qui concerne les **dispositions prises avant la période d'offre**, toute **délégation** d'une mesure dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, hormis la recherche d'autres offres, accordée par l'A. G. avant la période d'offre, est suspendue en période d'offre publique (art. L. 233-32, III, al. 1). Sont ainsi visées les délégations en matière d'augmentation de capital, d'attribution gratuite d'actions aux salariés et dirigeants, de rachat d'actions... Toute **décision** du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance, du directoire, du directeur général ou du directeur général délégué) prise avant la période d'offre, qui n'est pas totalement ou partiellement mise en œuvre, qui ne s'inscrit pas dans le cours normal des activités de la société et dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, doit faire l'objet d'une approbation ou d'une confirmation par l'A. G. (art. L. 233-32, III, al. 2).

Les décisions prises en violation de ces dispositions peuvent être annulées (art. L. 225-149-3, al. 2).

Désormais, la société cible peut décider la création de **bons d'offre** (« **bons Breton** » ³) attribués gratuitement à tous les actionnaires et permettant la souscription d'actions à des conditions préférentielles (art. L. 233-32, II). La mesure est destinée à avoir un effet dilutif pour l'initiateur de l'offre et à renchérir le coût de l'opération.

1. Cf. H. Le Nabasque, *Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi du 31 mars 2006*, *Rev. sociétés* 2006, p. 237.

2. R. Damman, U. Volk, *Le patriotisme économique, une réalité des deux côtés du Rhin ?* D. 2006, p. 1674.

3. Du nom du ministre de l'économie de l'époque, ces bons sont inspirés d'une pilule empoisonnée nord-américaine : les « right plans ». Cf. A. Couret, *Les bons d'offre*, D. 2006, p. 1372 ; A. V. Le Fur, *Les bons d'offre : une mesure de défense conforme au gouvernement d'entreprise*, *Joly Bourse* 2007, p. 714, n° 156.

L'émission de ces bons est décidée par l'assemblée générale extraordinaire statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées ordinaires ¹. L'AGE peut déléguer cette compétence au conseil d'administration (ou au directoire). Elle fixe alors le montant maximum de l'augmentation de capital pouvant résulter de l'exercice de ces bons ainsi que le nombre maximum de bons pouvant être émis (II, al. 2). La société cible doit porter à la connaissance du public, avant la clôture de l'offre, son intention d'émettre ces bons (II, al. 3).

Les **conditions d'exercice** de ces bons sont fixées par l'A. G. ou, sur sa délégation, par le conseil d'administration (ou le directoire). Ces bons deviennent caducs de plein droit dès que l'offre et toute offre concurrente éventuelle échouent, deviennent caduques ou sont retirées (II, *in fine*) ².

L'**exception de réciprocité** prévue par l'article 12 de la directive a été introduite en droit français (cf. art. L. 233-33) : la règle du jeu doit être égale pour tous. Elle n'a donc vocation à s'appliquer que si l'offre est lancée par une entité étrangère. Il en résulte que les dispositions de l'article L. 233-32 relatives à l'approbation ou à la confirmation par l'A. G. des mesures de défense en cours d'offre et à la suspension des délégations octroyées avant le début de la période d'offre, ne sont pas applicables lorsque la société fait l'objet d'une ou plusieurs offres publiques engagées par des entités cotées ou non, agissant seules ou de concert, dont l'une au moins n'applique pas ces dispositions ou des mesures équivalentes ou qui sont respectivement contrôlées par des entités dont l'une au moins n'applique pas ces dispositions ou des mesures équivalentes.

Toutefois, l'article L. 233-32 doit être respecté si les seules entités qui n'appliquent pas les dispositions de cet article ou des mesures équivalentes ou qui sont contrôlées par des entités qui n'appliquent pas ces dispositions ou des mesures équivalentes, agissent de concert avec la société faisant l'objet de l'offre.

Lorsque l'exception de réciprocité s'applique, toute mesure prise par le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance, le directoire, le directeur général, un directeur général délégué) de la société cible doit avoir été expressément autorisée par l'A. G. dans les dix-huit mois précédant le jour du dépôt de l'offre. L'autorisation peut notamment porter sur l'émission de bons d'offre (al. 2).

Toute contestation portant sur l'équivalence des mesures fait l'objet d'une décision de l'AMF (al. 1^{er}).

La loi du 31 mars 2006 a également édicté plusieurs limites à l'efficacité des défenses contre les offres publiques. Elle a posé un principe de publicité (cf. art. L. 225-100-3), prononcé l'inopposabilité des restrictions au transfert d'actions d'origine statutaire ou contractuelle, telles des clauses d'agrément ou de préemption, à l'égard de l'offrant (cf. art. L. 233-34 et

1. Ce seuil dérogatoire facilite l'adoption en A. G. de ces résolutions qui sont généralement mal perçues par les actionnaires.

2. Les sociétés Bouygues, Essilor, Pernod-Ricard, Suez, Saint-Gobain ont voté la création de bons. Sous la pression des fonds d'investissement, certaines sociétés doivent cependant renoncer à prévoir l'émission de bons (cf. Caggemini, Vallourec, Les Echos 18-19 avril et 5 juin 2008).

L. 233-35) et prévu la suspension partielle des restrictions à l'exercice des droits de vote (art. L. 233-36 s.).

651-2 Offre publique de retrait ¹ ◇ Cette procédure a été instaurée par la loi du 2 août 1989 (art. 15). Elle permet aux actionnaires minoritaires de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé de se retirer de leur société.

Cette procédure s'applique lorsqu'une personne physique ou morale ou un groupe de personnes physiques ou morales agissant de concert sont actionnaires d'une société dont ils détiennent au moins 95 % des droits de vote ². L'initiative de demander le dépôt d'un projet d'offre publique de retrait appartient soit aux actionnaires minoritaires soit, plus fréquemment, aux majoritaires, s'ils désirent, par exemple, que leur société ne soit plus considérée comme faisant des offres au public (art. 236-1 à 236-4 AMF) ³.

La procédure de retrait peut également s'appliquer lorsqu'un événement important survient dans la vie de la société : transformation en commandite par actions (*supra*, n° 651), modification significative des statuts (forme de la société, conditions de cession et de transmission des titres de capital, droits qui y sont attachés, fusion, apport des actifs à une autre société ⁴, réorientation de l'activité sociale, suppression de tous dividendes pendant plusieurs exercices... cf. art. 236-5 et 236-6 AMF ; art. L. 433-4, I C. mon.) ⁵.

L'AMF dispose dans la plupart des cas d'une certaine marge d'appréciation pour décider s'il y a lieu ou non à offre publique de retrait ⁶. On a dénombré 19 offres de retrait en 2006, 7 en 2007 et 8 en 2008 (sources : rapports annuels AMF).

Le contentieux concerne surtout le prix proposé lors de l'offre ⁷. Les OPR

1. Règlement général de l'AMF, art. 236-1 à 236-7. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1999, p. 486.

2. Sur la détermination de ce seuil, Paris 1^{er} févr. 2000, *D.* 2000, p. 204, M. Boizard ; *Joly Bourse* 2000, p. 273, J.-J. Daigre ; *RTD com.* 2000, p. 975, N. Rontchevsky.

3. L'OPR peut également porter sur des certificats d'investissement et des certificats de droit de vote (art. 236-2 et 236-4 AMF).

4. Paris 3 avr. 201, *JCP E* 2001, p. 804, A. Viandier ; *Bull. Joly* 2001, p. 1147, n° 255, J. J. Daigre ; *D.* 2002, p. 1746, Y. Reinhard (notion de cession d'activité).

5. Paris 25 juin 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 144, F. Bucher ; *RTD com.* 1998, p. 890, N. Rontchevsky ; *JCP E* 1998, p. 1307, A. Viandier et J.-J. Caussain.

6. L'OPR n'est accordée par l'AMF que si le minoritaire ne peut pas sortir de lui-même de la société, faute d'un marché suffisamment liquide, cf. Paris 4 nov. 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 90Th. Bonneau ; Paris 7 avr. 1998, *JCP E* 1998, p. 1598, J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 1998, n° 117, H. Hovasse ; *RTD com.* 1998, p. 634, N. Rontchevsky ; Paris 30 mai 2000, *D. aff.* 2000, p. 643, A. Couret ; *JCP E* 2000, p. 1616, A. Viandier ; 2001, p. 31, J.-J. Daigre ; *RTD com.* 2000, p. 978, N. Rontchevsky ; *Rev. sociétés* 2000, p. 547, S. Robineau (influence de litiges en cours). Sur la responsabilité des majoritaires envers un minoritaire à raison d'un retard injustifié dans la mise en œuvre d'une OPR, Paris 5 févr. 2002, *JCP E* 2002, n° 747 ; *RTD com.* 2002, p. 344.

7. C. de Watrigant, *Le recours de l'article L. 621-30 du Code monétaire et financier*, *JCP E* 2006, 1215 ; M.A. Frison-Roche et M. Nussenbaum, *Les méthodes d'évaluation financière dans les offres publiques de retrait et les retraits obligatoires*, *Rev. dr. bancaire* n° 48-1995, p. 56 ; B. Poullain, *Offre publique de retrait et droit des minoritaires*, *Dr. et patr.* juin 1997, p. 69 ; P. Alfredo, *La fixation du prix d'offre publique, de l'offre d'exclusion espagnole à l'offre de retrait française*, *Rev. sociétés* 1997, p. 67 ; Paris 19 déc. 2000, *JCP E* 2001, p. 417, A. Viandier ; Paris 7 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 62, n° 12,

OFFRE PUBLIQUE DE RETRAIT
des actions de la société
LAGARDERE GROUPE
(anciennement MMB)

Cette offre vise à permettre aux actionnaires qui le souhaitent de se retirer du fait de la transformation de la société en Société en Commandite par Actions. Les actions LAGARDERE GROUPE continueront à être négociées à la Cote Officielle et il entre dans les intentions de la société de faire en sorte que le marché boursier en soit animé et actif et d'en favoriser la promotion.

Prix de l'offre :

85 francs par action (code SICOVAM - 13 021)

Durée de l'offre :

du 5 janvier 1993 au 18 janvier 1993 inclus



Offre présentée par
la Banque ARJIL et LAZARD Frères et Cie
pour le compte de la société
ARJIL-PARTENAIRE

Les modalités de l'OPR ont fait l'objet d'un avis de la Société des Bourses Françaises
n° 92-3411 du 31 décembre 1992.

La note d'information relative à cette opération (Visa COB N° 92-487 du 23 décembre 1992) qui a été adressée à tous les actionnaires de la société LAGARDERE GROUPE peut être obtenue sans frais auprès d'ARJIL-SOCIETES.
5, rue Beaujon - 75008 PARIS - (47 66 03 06)

Offre publique de retrait (janvier 1993) à la suite de la transformation de la société anonyme Lagardère Groupe en société en commandite par actions (art. 5-5-4 CBV ; actuel art. 236-5 AMF).

P. Le Cannu ; *Rev. dr. bancaire* 1991, p. 68, M. Jeantin et A. Viandier (conditions de recevabilité, parité d'échange) ; Paris 18 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 610, n° 213, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1991, p. 765, D. Carreau et J.-Y. Martin ; *JCP E* 1991, II, 167, A. Viandier (aff. *Pabim*, critères d'évaluation) ; Paris 8 juill. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1210, n° 391, L. Faugérolas ; *Rev. sociétés* 1992, p. 795, Y. Guyon (fixation du prix ; méthode multi-critères) ; Paris 6 avr. 1994, aff. *Havas*, *Rev. dr. bancaire* 1994, p. 267, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *Rev. sociétés* 1994, p. 786, Y.G. ; *Gaz. Pal.* 12 juill. 1994, Y. Jobard ; Paris 19 nov. 1996, *Joly Bourse* 1997, p. 217, n° 24, P. Le Cannu (recours contre une OPR suivie d'un retrait obligatoire) ; Paris 9 avr. 2002, *D.* 2002, p. 1909, M. Boizard ; *RTD com.* 2002, p. 488, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris 6 avr. 2004 (*Adam - Orange*), *Bull. Joly* 2004, p. 1262, n° 257.

sont le plus souvent suivies d'un retrait obligatoire (OPRO) ¹. Ces opérations simplifient les structures des groupes et permettent un « nettoyage » de la cote.

651-3 Exclusion forcée — Squeeze out ² ◇ L'offre publique de retrait, telle qu'elle avait été organisée, ne permettait pas aux majoritaires d'imposer aux minoritaires de se retirer de la société, ceux-ci étant libres d'accepter ou non l'offre de rachat qui leur était faite. Or, les sociétés cotées souhaitaient depuis longtemps pouvoir bénéficier d'une possibilité d'exclusion forcée, à l'image du *squeeze out* américain, afin de pouvoir unifier totalement leur actionnariat. Une loi du 31 décembre 1993, modifiant la loi du 22 janvier 1988 introduisit ce mécanisme de *retrait obligatoire* en France, mais à des conditions assez strictes (art. 237-1 à 237-13 AMF) ³.

Désormais, les actionnaires majoritaires peuvent demander que les titres qui ne leur auront pas été présentés par les minoritaires, dans le cadre de la procédure d'offre ou de demande de retrait, leur soient transférés, dès lors qu'ils ne représentent pas plus de 5 % du capital ou des droits de vote (art. L. 433-4-II C. mon.). Cette procédure de sortie forcée s'applique aux actions cotées en bourse ⁴ ; elle concerne la totalité des actions, que celles-ci soient détenues par des actionnaires inconnus ou décédés. En contrepartie, les actionnaires évincés reçoivent une indemnité. L'AMF doit examiner le projet d'offre et se prononcer sur sa recevabilité ⁵.

En ce qui concerne les modalités de fixation de l'indemnité, l'initiateur fournit, avec l'aide de son banquier-conseil, une évaluation des titres effectuée selon les méthodes objectives pratiquées en cas de cession d'actifs, tenant compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la valeur des actifs, de bénéfices réalisés, de la valeur boursière, de l'existence de filiales et des perspectives d'activité. Cette évaluation multi-critères est assortie de l'appréciation d'un **expert indépendant** ⁶

1. Sur l'étendue du contrôle juridictionnel de la cour d'appel de Paris en matière d'OPRO, Paris 16 sept. 2003 (aff. *Schneider - Legrand*) JCP E 2003, 1711, A. Viandier ; Dr. *Sociétés* 2004, n° 31, Th. Bonneau.

2. Cf. A. Viandier, *RJDA* 1994, p. 783 ; JCP E 1994, I, 399 ; Th. Forsbach, JCP E 1994, I, 395 ; Cl. Baj, *Rev. dr. bancaire* 1994, p. 154 ; M.C. de Nayer, *Joly Bourse* 1994, p. 91, n° 17 et p. 353, n° 65 ; Y. Reinhard, *RTD com.* 1994, p. 306.

3. Il convient de rapprocher de cette mesure, qui a été longtemps considérée comme une expropriation pour cause d'utilité privée contraire aux principes généraux ayant valeur constitutionnelle, l'article L. 227-16 permettant de prévoir dans les statuts de la SAS l'exclusion d'un associé (*supra*, n° 595-16).

4. Elle joue également pour les certificats d'investissement et les certificats de droit de vote.

5. Pour un exemple de recours, Paris 9 avr. 2002, D. 2002, p. 1909, M. Boizard.

6. Cf. A. Viandier, *La responsabilité de l'expert indépendant* in *Mélanges AEDBF* 1999, p. 419. Sur l'indépendance de l'expert, Com. 17 juill. 2001 (aff. *Elyo*, 2 esp.), D. 2001, p. 2749, M. Boizard et 2002, p. 1747, Y. Reinhard ; *RTD com.* 2001, p. 946, Ch. Goyet. Pour une critique de l'indépendance de ces experts, cf. *La Vie financière* 8 au 14 août 2008, Sur la distinction avec l'attestation d'équité, *supra*, n° 525 in fine.

dont l'agrément est notifié à l'AMF qui dispose d'un droit d'opposition (art. 261,1,II). À l'issue de l'instruction du dossier, l'AMF se prononce sur la recevabilité du projet d'offre et autorise le retrait obligatoire aux conditions proposées.

Si, lors du dépôt du projet d'offre publique de retrait, l'initiateur s'est réservé la faculté de procéder ou non au retrait obligatoire, et s'il donne une suite positive, le prix qu'il fait alors connaître à l'AMF doit être au moins égal au prix de l'OPR. Il lui est supérieur si des événements susceptibles d'influer sur la valeur des titres sont intervenus depuis la recevabilité de l'OPR (art. 237-8 al. 2 AMF) ¹.

Cependant, cette procédure d'exclusion forcée est mal admise par les minoritaires ². L'ADAM (Association pour la défense des actionnaires minoritaires) a ainsi contesté le prix retenu pour l'opération *Sogénal* ; mais la Cour de cassation a validé l'approche multicritères adoptée par la cour d'appel de Paris ³.

Le rapport Marini a proposé d'étendre les procédures de retrait et d'exclusion aux sociétés fermées (*op. cit.*, p. 71).

652 Offres publiques de vente ◇ Alors que les offres publiques d'achat ou d'échange tendent à l'acquisition de participations, l'objectif de l'offre publique de vente (OPV) est inverse puisqu'il s'agit par cette opération de céder une participation. L'OPV peut être utilisée pour introduire une valeur nouvelle sur un marché réglementé. Le mécanisme de l'OPV a été utilisé avec beaucoup de succès pour réaliser les opérations de privatisation en 1986-1987 (lois des 2 juillet et 6 août 1986) et 1993-1994 (loi 19 juillet 1993) ⁴.

1. Sur la fixation du montant de l'indemnisation, A. Viandier, *OPA, OPE et autres offres publiques*, éd. Francis Lefebvre 2006, *op. cit.* n°s 2792 s.

2. Cf. par ex. Paris 5 mai 1998, *JCP E* 1998, p. 1307, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 19 déc. 2000, *RTD com.* 2001, p. 487, N. Rontchevsky.

3. Com. 29 avr. 1997, *D. aff.* 1997, p. 691, *Dr. sociétés* 1997, n° 114, H. Hovasse, *Rev. dr. bancaire* 1997, p. 120, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *D.* 1998, p. 334, M.A. Frison-Roche et M. Nussenbaum ; *Rev. sociétés* 1998, p. 337, F. Bucher ; B. Poullain, *Dr. et patr.* préc. juin 1997, p. 69 ; *Joly Bourse* 1997, p. 391, n° 43, L. Faugérolas ; Paris 5 mai 1998, *JCP E* 1998, p. 1307, A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. L'OPV de Rhône-Poulenc avait été sursouscrite 5 fois, celle de la BNP, 3 fois, comme celle d'Elf-Aquitaine (98 millions d'actions demandées par les particuliers pour une offre portant sur 33,2 millions de titres), *La Tribune* 15 févr. 1994.

La réglementation des offres publiques de vente est contenue essentiellement dans les Règles de négociation *Euronext*, qui définissent les conditions et la procédure qui doivent être suivies ¹.

C. La garantie de cours

653 Réglementation ² ◇ Pendant longtemps, lorsqu'une société cotée changeait de contrôle, se posait le problème de la protection des actionnaires minoritaires, dès lors que les parties n'utilisaient pas la procédure d'offre publique ³. En 1998 ⁴, une procédure spéciale de garantie de cours a été instaurée. Elle tend à assurer le respect du principe d'égalité entre les différents actionnaires.

Désormais, est tenue de déposer un projet de garantie de cours toute personne physique ou morale, agissant seule ou de concert avec d'autres, qui acquiert ou est convenue d'acquérir un bloc d'instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé ⁵, lui conférant, compte tenu des titres ou des droits de vote qu'elle détient déjà, la majorité du capital ou des droits de vote d'une société (art. 235-1, al. 1^{er} AMF) ⁶.

La garantie de cours ne vise que l'acquisition directe et s'applique lorsque le seuil de 50 % est franchi par acquisition d'un bloc de titres sur le marché ou hors marché. Elle ne joue pas en présence d'un ramassage en bourse.

Le projet de garantie de cours déposé par l'acquéreur doit préciser l'identité du cédant et du cessionnaire du bloc, la quotité de titres cédés, le mode de réalisation, le prix de la cession et donner toute information complémentaire nécessaire à l'appréciation de l'opération (art. 235-1, al. 2). L'AMF est appelé à donner son accord par un avis et un communiqué rédigé par l'acquéreur du bloc de contrôle doit être publié.

L'acquéreur doit s'engager à *se porter acquéreur sur le marché de tous les titres qui lui seront présentés pendant une durée de 10 jours de négociation minimum au prix auquel la cession des titres a été ou doit être réalisée et seulement à ce cours ou à ce prix* (art. 235-2, al. 1).

1. Cf. Th. Bonneau et Fr. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 2^e éd. 2005, n° 740 s.

2. Cf. A. Viandier, *op. cit.* n° 2300 s.

3. V. sur l'évolution de la réglementation et les difficultés antérieures, A. Viandier, OPA, OPE..., *op. cit.* n°s 2300 s. Rapp. E. Georges, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, LGDJ, 2005.

4. Arrêté 5 nov. 1998. Cf. H. de Vauplane, *Bull Joly Bourse*, 1999, p. 44.

5. L'AMF peut prévoir que cette procédure est également applicable aux instruments financiers inscrits sur des marchés autres que les marchés réglementés (par ex. *Alternext*) lorsque la personne qui gère ces marchés en fait la demande (art. L. 433-3, II et III C. mon.). Cf. Th. Bonneau, *Dr. sociétés* 2005, n° 223.

6. Des exceptions sont prévues par l'article 235-3 AMF qui permet à l'AMF de placer l'acquisition du ou des blocs de titres sous le régime de l'offre publique.

Par exception, l'AMF pourrait autoriser un prix d'offre inférieur dans l'hypothèse où la cession serait assortie d'une clause de garantie de passif visant un risque identifié ou d'un règlement différé (art. 235-2, al. 2).

§ 2. Prise de contrôle d'une société non cotée ¹

654 Caractéristiques ◇ La prise de contrôle d'une société non cotée n'est pas réglementée. Elle peut donc intervenir à la suite d'une cession d'actions ou de parts sociales dont les conditions, et en particulier le prix ², sont libre-

1. V. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1989, p. 774. Adde, J. Paillusseau, J.-J. Caussain, H. Lazarski, Ph. Peyramaure, *Cession d'entreprise*, op. cit., 4^e éd., Dalloz 1999 ; Th. Massart, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, Thèse dactyl. Paris II, 1995 ; A. Couret et D. Ledouble, *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*, GLN Joly 1994. J.P. Bertrel, A. Couret, J. Paillusseau, H. Lécuyer et alii, *Les garanties lors de l'acquisition du contrôle d'une société*, Dossier, Dr. et patr., nov. 2008, n° 175. La cession peut également se faire sous forme d'enchères privées, cf. P. Spitéri, *La vente aux enchères d'une entreprise (open bidding)*, JCP G 1991, I, 3502. Sur les difficultés que peut poser une procédure d'*open bid*, Paris 20 déc. 2007, n° 07-07168.

2. B. Paulze d'Ivoy, *Expertise et prix de cession de droits sociaux*, Bull. Joly 1995, p. 313, n° 100. B. Wertenschlag, *Prix déterminable et cession de droits sociaux*, JCP E 1991, I, 99. A. Couret, *L'annulation d'une vente de titres pour indétermination du prix : régime et conséquences de la nullité*, Dr. sociétés oct. 1992, p. 1 ; M.A. Frison-Roche, *L'indétermination du prix*, RTD civ. 1992, p. 269 ; Th. Lambert, *L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux*, Rev. sociétés 1993, p. 11 ; A. Couret et alii, *Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux*, Bull. Joly 2001, p. 1045, n° 242. Cf. sur l'*annulation d'une cession à vil prix* Com. 23 oct. 2007, D. 2008, p. 954, G. Chantepie ; JCP E 2008, 1281, H. Lécuyer ; Bull. Joly 2008, p. 90, n° 20, A. Couret (prescription rentenaire) ; rapp. Com. 12 févr. 2008, BRDA n° 8-2008, p. 3 ; comp. sur la validité des cessions pour l'*euro symbolique*, Civ. 1^{re}, 3 mars 1993, RTD com. 1993, p. 665, Cl. Champaud et D. Danet ; Com. 11 févr. 1992, BRDA 6-1992, p. 16 ; Paris 11 sept. 2008, Bull. Joly 2009, p. 374, n° 73, P. Y. Gautier ; pour une annulation par suite de l'*indétermination de l'un des éléments du prix*, Com. 19 déc. 2006 (Leclerc-ITM), BRDA n° 3 -2007, p. 6 ; Civ. 1^{re}, 16 juill. 1992, JCP E 1993, I, 218, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain (ordre de mouvement insuffisant) ; Com. 19 mai 1992, Bull. Joly 1992, p. 747, n° 242, A. Couret, Rev. sociétés 1992, p. 798, Y. Guyon ; Com. 10 déc. 1991, Bull. Joly 1992, p. 170, n° 47 ; Dr. sociétés, 1992, n° 30, H. Le Nabasque ; JCP E 1991, I, 145, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 1992, p. 388, Cl. Champaud et D. Danet ; Com. 23 janv. 1990, Bull. Joly 1990, p. 275 ; RTD civ. 1990, p. 470, n° 5, J. Mestre (rôle du juge) ; Paris 8 juin 1990, BRDA 2-1991, p. 19 (partie du prix payable à l'exercice marquant un retour à l'équilibre) ; Versailles 10 avr. 1992, Bull. Joly 1992, p. 652, n° 214, J. Ph. Dom (clause relative à l'équivalent salaire). Comp. sur le *prix global fixé* pour la cession d'un ensemble de sociétés, Com. 8 avril 2008, D. 2008, p. 1203, X. Delpech ; BRDA n° 9 - 2008, p. 2. Lorsque les parties s'en remettent à un expert pour fixer le prix de cession (art. 1592 C. civ.), seule l'erreur grossière de ce dernier est de nature à remettre en cause le caractère définitif de cette détermination, Com. 6 juin 2001, Dr. sociétés 2001, n° 170, Th. Bonneau ; JCP E 2001, p. 1909, A. Viandier, J. J. Caussain et 2002, p. 1433, n° 1292, D. Cohen ; Com. 19 avr. 2005, Bull. Joly 2005, p. 1392, n° 302, H. Le Nabasque (pas d'erreur grossière) ; Versailles (Ch. réun.) 27 sept. 2005, BRDA n° 23-2005, p. 4 (id.). Comp. cependant Com. 6 févr. 2007, RJDA 2007, p. 467, n° 490.

ment et secrètement ¹ débattues entre cédant ² et cessionnaire ³. Mais nombreux peuvent être les professionnels à intervenir ⁴ ⁵.

L'accord sur les principaux éléments de la cession, qui fait suite à des pourparlers qui peuvent être longs ⁶, se matérialise le plus souvent par la signature de promesses

1. Ph. Puech et X. Vamparys, *Quelques éléments sur les clauses d'exclusivité dans les accords préliminaires de cession de droits sociaux*, Bull. Joly 2008, p. 1038, n° 220 ; Y. Martin-Lavigne, *Comment arrêter les termes du contrat de cession d'une société avant d'informer et de consulter son comité d'entreprise ?* D. 2002, p. 1374.

2. Sur la sanction du défaut de droit de cédant et du défaut de pouvoir du représentant du cédant, Civ. 3^e, 6 oct. 2004, D. 2004, p. 2719, A. Lienhard ; Bull. Joly 2005, p. 114, n° 16, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 2005, p. 152, B. Saintourens ; JCP E 2004, 1773, H. Hovasse.

3. Cf. J.-J. Caussain et M. Germain, J.-cl. sociétés-traité, fasc. 165-1, *groupes de sociétés, formation* ; J. Paillusseau, *Le management du rapprochement structurel des entreprises (aspects économiques, sociaux, financiers et juridiques)*, JCP E 1987, II, 14910, p. 185 ; Paris 1^{er} févr. 1993, JCP E 1993, II, 489, A. Couret et F. Peltier (mauvaise exécution d'un mandat d'ingénierie financière conclu avec une banque).

4. Cf. *Les responsabilités des intervenants dans les rapprochements d'entreprises*, colloque DESS. Droit des Affaires et Fiscalité, Paris II, in *Petites Affiches*, 5 avr. 1995. V. par ex. sur la compétence en cas de litige sur les honoraires de négociation, Com. 15 janv. 2008, Bull. Joly 2008, p. 386, n° 82, D. Vidal ; Civ. 1^{re}, 20 juill. 1994, Bull. Joly 1994, p. 1086, n° 295, A. Couret (devoirs du notaire) ; Civ. 1^{re}, 27 févr. 1996, Dr. sociétés 1996, n° 104, D. Vidal (notaire) ; Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, Bull. Joly 1994, p. 1084, n° 294, A. Couret et Com. 21 mars 1995, Bull. Joly 1995, p. 523, n° 185, A. Couret (conditions de la responsabilité de l'expert-comptable) ; Paris 17 oct. 1994 RTD com. 1995, p. 135, Cl. Champaud et O. Danet ; sur l'obligation de conseil de l'avocat, rédacteur d'acte, conseil des deux parties, Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, Bull. Joly 2009, p. 340, n° 65, B. Saintourens ; Versailles 20 janv. 1994, Joly Bourse 1994, p. 113, n° 19, Th. Bonneau (faute lourde de l'établissement financier intermédiaire) ; Paris 28 juin 2002, RTD com. 2002, p. 81, Cl. Champaud et D. Danet (évaluation grossière de la banque conseil mais défaut de diligences du cessionnaire). Rapp. G. Giudicelli-Delage, *La responsabilité pénale des différents conseils de l'entreprise*, RJ com. 1995, p. 345.

5. Sur les méthodes d'évaluation des titres non cotés validées par le juge fiscal (approche multi-critères) : Com 23 avr. 2003, Charlot, Dr. fisc. 2003, n° 30-35, comm. 581 ; CE 14 nov. 2003, Lafarge (2 arrêts) : RJF 02/04, n° 124 (1^{er} arrêt) ; Dr. fisc. 2004, n° 560, comm. 560 (2^d arrêt) ; supra n° 13-1 (en l'espèce, plus-value réalisée à la suite de la transformation d'une SNC en SA). Com. 19 avr. 2005, Faure, Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 722 (évaluation des titres d'une société exploitant un fonds de commerce pris en location-gérance) ; CAA Lyon 11 août 2005, SA Fournier Industrie et Santé, Dr. fisc. 2006, n° 16, comm. 339 (calcul du montant des plus-values de cession de titres de participation à partir du prix de revient moyen pondéré) ; CAA Nantes 5 févr. 2007, SA Financière du Val, RJF 7/07, n° 789 (prise en compte du risque de dilution de la participation du cessionnaire en cas d'exercice par les détenteurs d'obligations convertibles de leur droit à convertir) ; Com. 6 nov. 2007, Sté Sathel, RJF 2/08, n° 232 (évaluation multicritère appliquée à un « casinotier »). Sur les contestations émanant de l'administration fiscale, A. Couret, L. Cesbron, B. Provost, P. Rosenpick et J.-C. Sauzey, *Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux*, Bull. Joly 2001, p. 1045, § 242, spéc. n°s 88 s. S'agissant de la prescription du contrôle de l'évaluation des titres en matière d'ISF (supra n° 420), Com. 30 mai 2007, Buffat, RJF 11/07, n° 1350.

6. A. Sorensen et J.-M. Reversac, *Cession d'entreprise : points-clés de la négociation et de la rédaction de la lettre d'intention (letter of intent, memorandum of understanding (MOU))*, JCP E 2002, p. 1184, n° 1078 ; J.-F. Bulle, *Négociation d'une cession de droits sociaux*, JCP E 1999, p. 1180. V. pour un échec d'une cession de contrôle, J.-J. Caussain, Dr. sociétés avr. 1995, n° 4. H. Dubout, *La résiliation du contrat d'acquisition d'entreprise entre signature et réalisation du contrat (closing)*, Bull. Joly 2001, p. 837, n° 178. Sur une rupture fautive de pourparlers engageant la

unilatérales de vente ou/et d'achat ¹ assorties de conditions suspensives : audit des comptes (*due diligence* ²), agrément du cessionnaire, acceptation des autorités com-

responsabilité du cédant, cf. Paris 13 mai 1988, *JCP E* 1990, II, 15677, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1989, p. 884, n° 308 ; sur l'indemnisation du préjudice subi à la suite d'une rupture de pourparlers, Civ. 3^e, 28 juin 2006, *D.* 2006, p. 2639, S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; p. 2963, D. Mazeaud ; *JCP G.* 2006, I, 166, Ph. Stoffel-Munck ; *Dr. sociétés* 2006, 156, H. Lécuyer ; Paris 8 avril 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 858, n° 182, X. Vamparys. *Addé* sur les interventions judiciaires souvent sollicitées pour éviter la création de situations irréversibles, M.J. Coffy de Boisdeffre, *Le rôle du juge des référés et le transfert de contrôle des entreprises*, *Gaz. Pal.* 1987, II, doct. p. 606 ; Aix 10 mai 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, p. 3, P. de Fontbressin (aff. *Le Provençal*). Sur la rémunération des intermédiaires, H. Dubout, *Les contrats de « mandat » avec les banques d'affaires dans les opérations de cession-acquisition d'entreprises*, *Bull. Joly* 1997, p. 1029, n° 375 ; Paris 20 févr. 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 382, Y.G.

1. Pour la Cour de cassation, l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive, dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes. Il en résulte que la vente est formée malgré l'absence de levée des options et que chacune des parties peut en demander l'exécution forcée, Com. 22 nov. 2005, *Rev. sociétés* 2006, 521, J. F. Barbiéri ; *Bull. Joly* 2006, p. 377, n° 76, Avis M. Betch, note A. Couret et L. Cesbron ; *JCP E* 2006, 1463, crit. A. Constantin ; I. Dauriac, *RJDA* 2006, p. 794 ; J. Moury, *D.* 2006, p. 2793 ; Versailles 9 oct. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 39, n° 11, P. Mousseron (date du transfert). Sur la rupture de promesse et l'évaluation du préjudice, Com. 26 nov. 2003 (aff. *Manoukian*), *Bull. Joly* 2004, p. 849, n° 169, J. J. Daigre ; *Rev. sociétés* 2004, p. 325, N. Mathey ; *JCP E* 2004, 738, Ph. Stoffel-Munk et 601, n° 3 à 5, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; Versailles 18 mars 2004, *Rev. sociétés* 2004, 734, I. Urbain-Parléani. Sur la notion fiscale d'acte en cas de cession d'actions (sur le régime fiscal des cessions d'actions au regard des droits d'enregistrement, *supra* n° 4 ; concernant les plus-values mobilières, *supra* n° 315-1), cf. P. Le Cannu, *Les actes portant cession d'actions au sens de l'article 726 du Code général des impôts*, *Bull. Joly* 1989, p. 663, n° 244 ; A. Chappert, *Deffrénois* 1988, art. 34156, p. 196. V. par ex. Com. 4 juill. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 216, p. 181 ; 4 nov. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 222, p. 166 ; 22 mars 1988, *JCP E* 1988, II, 15251, R. Granjon ; 18 juill. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 822, n° 296, C. Bacot et P. Berger ; 7 nov. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 113, n° 31, Ph. D. ; 22 oct. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 110, n° 30 ; 27 oct. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 127, n° 30, Ph. Derouin ; *JCP E* 1993, I, 218, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain ; 13 juin 1995, *RJDA* 1995, p. 873, n° 1105 ; 25 janv. 2000, *D.* 2000, inf. rap. 59 (jugement opérant par ses seules dispositions un transfert de propriété d'actions) ; 3 mai 2000, *Sté Multiparts gestion*, *RJF* 7-8/00, n° 1016 (acte de donation-partage rapportant un acte sous seing privé qui mentionnait le nombre et le prix de cession d'actions) ; Paris 25 oct. 2001, *SARL Girard et fils*, *Dr. fisc.* 2002, n° 7, comm. 129 (compromis portant cession d'actions). Sur la divisibilité des clauses du protocole, Com. 7 avr. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 277, n° 132 ; *JCP E* 1987, II, 16959, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain.

2. L'essentiel des éléments financiers, comptables et juridiques qui doivent permettre à l'acquéreur et à ses conseils de déterminer la valeur de l'entreprise à acquérir et de délimiter l'étendue de la garantie de passif est mis à disposition par le cédant dans le cadre d'une *data room* (salle d'informations). Sur les problèmes posés lorsque la société est cotée, cf. L. Faugérolas et A. Moser, *Comment concilier la nécessaire mise en place d'une « data room » lors de l'acquisition d'actions d'une société cotée avec le droit des délits et manquements d'initiés* ? *JCP E* 1999, p. 752 ; D. Gewinner, *Les procédures de data-room à l'épreuve du délit d'initié et du manquement d'initié*, in *Mélanges D. Schmidt*, *Joly* 2005, p. 273. Depuis quelques années, les « data rooms papier » sont parfois remplacées par des « data rooms électroniques » : les documents numérisés et indexés sont ainsi accessibles en permanence et de n'importe quel endroit (*La Tribune*, 9 avril 2008).

pétentes en cas de concentration ¹... Souvent est également précisée la place faite au cédant dans la nouvelle structure ².

La question a été vivement débattue dans les années 1970 de savoir si la cession de droits sociaux ne change pas de nature ³ lorsqu'elle entraîne un transfert de contrôle et ne doit pas être assimilée à une cession d'entreprise, voire à une fusion ⁴ ?

La Cour de cassation dans la célèbre affaire *Saupiquet-Cassegrain* a décidé que l'opération n'avait pas d'originalité particulière, qu'il s'agissait d'une simple cession d'actions dont le régime était indifférent au nombre d'actions cédées ⁵.

La jurisprudence a cependant reconnu un certain particularisme à la cession massive de droits sociaux en décidant que l'opération revêt un caractère commercial, quel que soit le nombre de titres cédés, dès lors qu'elle « a pour objet et pour effet le changement de contrôle de la société » ⁶ ou qu'elle fait partie d'une opération globale visant au transfert de l'entier contrôle de la société ⁷ (v. égal. *infra*, n° 655 *in fine*).

1. V. par ex. CJCE 17 nov. 1987, *JCP E* 1989, II, 15540, n° 17, G. Bonet, J.-B. Blaise, M.A. Hermitte ; Nancy 27 nov. 1987, *Gaz. Pal.* 1988, I, 251, A. Kirry et A. Winckler ; Com. 9 févr. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 560, n° 120, C. David ; *JCP E* 1999, p. 1679, A. Fauchon (transformation préalable de la SARL en SA).

2. P. Etain, *Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle*, *Dr. sociétés* juill. 2001, n° 14. V. par ex. Grenoble, 19 oct. 1987, *JCP* 1989, II, 21215, B. Petit ; Com. 7 avr. 1987, préc. ; Versailles 10 mai 1990, *Dr. sociétés*, 1990, n° 421 ; Paris 5 avr. 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 475, Y.G.

3. J. Paillusseau et R. Contin, *La cession de contrôle d'une société*, *JCP* 1969, I, 2287 ; D. Roux, *La spécificité des cessions de contrôle*, *Rev. sociétés* 1980, 49 ; J. Paillusseau, *La cession de contrôle*, *JCP* 1986, I, 3224 ; *La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle)*, *JCP* 1992, I, 3578. Comp. Ch. Hannoun, *Les conventions portant transfert du contrôle et la transparence des sociétés*, *D.* 1994, chron. 67.

4. Sur l'aspect fiscal de cette question, *infra* n° 657.

5. Com. 21 janv. 1970, *JCP* 1970, II, 16541, B. Oppetit ; *RTD com.* 1970, p. 738, n° 16, R. Houin ; cassant Rennes 23 févr. 1968, *JCP* 1969, II, 16122, J. Paillusseau et R. Contin ; sur renvoi Caen 18 avr. 1978, *Rev. sociétés* 1978, 763 ; et sur nouveau pourvoi, Com. 21 juin 1982, *Rev. sociétés* 1982, 852 ; *RJ com.* 1983, 49, P. de Fontbressin. Cf. B. Oppetit, *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, *Rev. sociétés* 1978, 631. Concernant l'incidence de la cession sur le cautionnement donné par le cédant, Com. 29 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 677, n° 152, L. Godon ; Paris 15 févr. 2002, *RTD com.* p. 318, Cl. Champaud et D. Danet.

6. Com. 11 juill. 1988, *Rev. sociétés* 1989, 45 ; *Rev. dr. bancaire* 1988, 201, M. Jeantin et A. Viandier. Sur l'extension de cette solution à la convention ayant pour objet l'organisation de la société, Com. 26 mars 1996, *Rev. sociétés* 1997, p. 88, F. Drummond ; *JCP E* 1996, I, 589, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain et II, 855, Th. Bonneau ; *RTD com.* 1996, p. 647, J. Derruppé. Cf. D. Plantamp, *Le critère de la cession de contrôle* (essai de synthèse jurisprudentielle) *RTD com.* 1999, p. 819. Sur le caractère, en principe civil, de la cession de droits sociaux, cf. Com. 5 déc. 1966, *D.* 1967, p. 409, J. Schmidt ; Com. 31 janv. 1977, *D.* 1977, IR, 309, J. Cl. Bousquet ; Com. 11 juill. 1988, *Gaz. Pal.* 23 mars 1989, somm. S. Guinchard et T. Moussa.

7. Civ. 2^e, 30 mars 2000, *RJDA* 2000, p. 694, n° 873 ; Paris 17 oct. 2001, *RJDA* 2002, p. 331, n° 392. Comp. Versailles 17 sept. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1266, n° 380, P. Etain ; *RTD com.* 1999, p. 141, Y. Reinhard ; *JCP E* 1999, p. 668, crit. A. Viandier et J.-J. Caussain (appréciation au regard de chacun des cessionnaires pris séparément).

Peu importe le nombre de titres transférés ; dès lors que l'acquéreur devient majoritaire en assemblée, il y a cession de contrôle ¹.

Les conséquences de la qualification sont importantes : d'une part, les règles de preuve sont celles du droit commercial, d'autre part, la solidarité se présume ². Mais, en ce qui concerne la **compétence**, que la cession soit de contrôle ou non, les litiges nés à l'occasion d'une cession d'actions relèvent de la compétence du Tribunal de commerce en application de l'article L. 721-3 C. com. ³.

En droit social, la jurisprudence avait décidé que l'opération de cession de contrôle équivalait dans l'ordre économique à la cession de l'entreprise elle-même et qu'en conséquence le comité d'entreprise devait être obligatoirement informé et consulté, comme sur toutes les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ⁴. La solution a été reprise par la loi Auroux du 28 octobre 1982 (art. L. 2323-6 C. trav.).

1. Th. Massart, *La commercialité de la cession des droits sociaux d'une société commerciale*, Bull. Joly 2008, p. 366, n° 78. Com. 24 nov. 1992, Bull. Joly 1993, p. 224, n° 50, P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1993, n° 11, H. Le Nabasque ; JCP E 1993, I, 218, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain ; V. sur des cessions égalitaires Caen 15 mars 1994, Bull. Joly 1994, p. 1091, n° 299, P. Le Cannu (caractère civil) ; Paris 30 juin 1995, JCP E 1996, I, 541, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain (caractère commercial).

Il n'est pas douteux que la valeur de titres donnant le contrôle est supérieure à la valeur de titres minoritaires et l'existence d'une **prime de contrôle** peut parfaitement se justifier économiquement, cf. B. Husson, *op. cit.*, p. 180 s. ; J. Honorat, *La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre*, in *Mélanges C. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 147. Sur la légitimité de la prime de contrôle, cf. Conseil Constit 18 sept. 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 606. Y. Guyon : « le prix d'acquisition d'un ensemble d'actions donnant à un groupe d'acquéreurs le contrôle de la société (doit être) fixé en tenant compte de cet avantage spécifique » ; M. Nussenbaum, in *RJ com.* nov. 1998, p. 15. Sur l'appréhension par le droit fiscal de cette prime, E. Le Dolley, *La jurisprudence fiscale reconnaît-elle la prime de contrôle ?*, Bull. Joly 2002, p. 995, n° 221.

2. Com. 28 nov. 2006, *BRDA* n° 6-2007, p. 5 ; *RTD com.* 2007, p. 148, Cl. Champaud et D. Danet ; Com. 11 mars 2003, Bull. Joly 2003, p. 666, n° 143, T. Massart (solidarité entre cessionnaires débiteurs du solde du prix).

3. Com. 10 juill. 2007, *D.* 2007, p. 2041, A. Lienhard (art. L. 721-3). Sur la validité d'une clause compromissoire, Com. 2 juill. 2002, Bull. Joly 2002, p. 1179, n° 252, F. Fages. Depuis la loi NRE, l'article 2061 du Code civil dispose désormais que « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ». Cf. Ch. Jarrosson, *Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001*, JCP E 2001, p. 1371.

4. Crim. 2 mars 1978, *Rev. sociétés* 1978, 770 ; Crim. 4 avr. 1979, *D.* 1980, p. 125, J. Cl. Bousquet ; J. Savatier, *Le comité d'entreprise doit-il être consulté sur une cession d'actions réalisant une cession de contrôle de l'entreprise ? Droit social* 1978, 369. V. par ex. TGI Nanterre (ord. réf.) 23 oct. 1989, Bull. Joly 1990, p. 88, n° 16 (injonction de suspendre le projet de cession d'une activité par suite d'une irrégularité dans la procédure de consultation). Rapp. Soc. 12 janv. 1994 (2 arrêts) JCP E 1994, II, 580, M. Jeantin ; *RJDA* 1994, p. 148, n° 172 ; p. 126, concl. R. Kessous (la cession de contrôle d'une société de presse équivaut à la cession du journal lui-même ; art. L. 7112-5C. trav.).

Depuis quelques années les cessions de contrôle, qui sont un des moyens de transmission des entreprises ¹, ont suscité une jurisprudence abondante à propos de la mise en œuvre des **clauses de garantie de passif** qu'elles contiennent le plus souvent, et en matière de prix, lorsque la cession est étalée dans le temps, la question s'est posée de savoir si la clause permettant de le déterminer n'était pas une **clause léonine**. En revanche, le problème fiscal est, en principe, aujourd'hui réglé ².

655 *Clauses de garantie de passif* ³ ◇ **Origines.** La cession à titre onéreux devant être rapprochée de la vente ⁴, elle emporte garantie du fait personnel et garantie des vices cachés.

En ce qui concerne la garantie d'éviction du fait personnel, la Chambre commerciale a eu l'occasion de préciser dans un arrêt *Ducros* du 21 janvier 1997 ⁵ qu'elle a un caractère légal, existant même en l'absence d'une clause de non concurrence, et qu'elle n'entraîne pour le cédant « s'agissant de la cession des actions d'une société, l'interdiction de se rétablir, que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs de ces actions de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social ». En l'espèce, il a été estimé que les actes reprochés aux cédants ne constituaient pas des tentatives de reprise par une voie détournée de la chose vendue.

Dans la pratique toutefois, afin de limiter les risques de contentieux, il apparaît préférable de préciser dans l'acte de cession, l'étendue exacte de l'obligation de non concurrence qui pèse sur les cédants ⁶.

Pendant longtemps, ces mécanismes ont été toutefois de peu d'utilité pour le cessionnaire, puisque, selon la jurisprudence traditionnelle, la

1. Colloque *Droit et commerce* 1988 in n° spéc. *RJ com. nov.* 1988 ; J. Paillusseau, *Efficacité et sécurité des opérations de cession de contrôle*, *Dr. et patr.* févr. 1994, p. 32 ; A. Couret et D. Ledouble, *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*, *GLN Joly* 1994 ; M. Cozian, *La transmission d'entreprises : vaincre les obstacles*, *Defrénois* 1990, art. 34 806, p. 769.

2. *Infra* n° 657.

3. P. Mousseron, *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, *Nouv. éd. Fiduciaires* 1997, 438 p., préf. M. Germain ; Biblio. sélective in *Rev. sociétés* 1993, p. 917 ; J.-J. Caussain et A. Viandier, *Garantie légale et garantie contractuelle : garantie de passif ou garantie de valeur ?* *DPCI* 1992, n° 18, p. 43 ; Ch. Freyria, *Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux*, *JCP E* 1992, I, 146 ; J.-P. Bertrel, *La garantie du passif social dans les acquisitions de contrôle*, *RJDA* 4-1991, p. 243 ; A. Galia-Beauchesne, *Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales*, *Rev. sociétés* 1980, 27 ; G. Notté, *Les clauses dites « de garantie de passif » dans les cessions de droits sociaux*, *JCP* 1985, I, 3193 ; J. Poustis et J.-L. Monnot, *La garantie dans les cessions de droits sociaux (panorama de jurisprudence)*, *JCP E* 1985, II, 14464 et étude d'actualité, *JCP E* 1989, II, 15479.

4. Sur un manquement à l'obligation de délivrance, *Com.* 7 avril 2009, *D.* 2009, p. 1204 (parts sociales). Cf. égal. étude *BRDA* n° 11-2009, p. 13.

5. *Com.* 21 janv. 1997, *JCP E* 1997, II, 936, Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1997, p. 421, n° 177, P. Pigassou ; *Dr. sociétés* 1997, n° 5, Th. Bonneau ; *Quot. jurid.* 25 févr. 1997, P.M. ; *Dr. et patr.* mai 1997, p. 64, A. Couret ; *RTD com.* 1997, p. 469, B. Petit et Y. Reinhard ; *D.* 1998, somm. 393, J. Cl. Hallouin ; *Com.* 20 févr. 2007, *BRDA* n° 7 - 2007, p. 8 ; *RTD com.* 2007, p. 752, Cl. Champaud et D. Danet. V. égal. L. Godon, *L'obligation de non concurrence des dirigeants sociaux*, *Bull. Joly* 1999, p. 5, n° 1.

6. *Com.* 4 déc. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 274, n° 60, D. Poracchia.

garantie d'éviction ne pouvait s'appliquer qu'au bien lui-même qui a été l'objet de la vente et non aux actions ou aux parts cédées ¹.

Pour la même raison, seuls les vices affectant les droits sociaux eux-mêmes pouvaient être pris en considération, mais non ceux affectant la société ². Le cessionnaire déçu pouvait tenter de soutenir que son consentement avait été vicié, en invoquant une erreur, un dol ³, voire la violence ⁴.

1. Paris 8 mars 1994, *D.* 1994, p. 466, A. Couret et G.A. de Sentenac ; *RTD com.* 1995, p. 146, B. Petit et Y. Reinhard ; Paris 24 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1214, n° 325, A. Couret. V. cependant Com. 12 déc. 1972, *Rev. sociétés* 1972, 306, crit. B. Oppetit. Comp. T. com. Nanterre 28 sept. 1982, *Banque* 1983, p. 235, L.M. Martin ; Com. 6 déc. 1983, *D.* 1985, IR, 135, J. Cl. Bousquet. Cf. sur le régime des clauses de non concurrence dans les cessions d'actions, Com. 17 juill. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 242, n° 50, Th. Massart ; sur la violation d'un engagement de non concurrence expressément stipulé, Com. 12 déc. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 178, n° 45 ; Com. 5 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 161, n° 43 (ancien salarié créant une société en violation d'une clause de non concurrence ; faute délictuelle de la société) ; Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, *D.* 2007, p. 2784, C. Lisanti (octroi de dommages - intérêts en l'absence de préjudice). Comp. Versailles 20 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 355, n° 120, P. Pigassou ; *RJDA* 1998, p. 320, n° 439 ; Com. 17 déc. 2002, *JCP E* 2003, p. 1196, n° 1074, S. Moracchini-Zeidenberg (nullité d'une clause de non rétablissement disproportionnée par rapport à sa finalité). *Adde* S. Schiller, *Les clauses de non-concurrence dans les cessions de droits sociaux*, *Dr. sociétés*, mars 2002, p. 4 ; F. G. Trébulle, *Le contrôle de proportionnalité de la clause de non-concurrence contenue dans un acte de cession de droits sociaux*, *Dr. sociétés* juin 2003, Chr. p. 7. Sur la nécessaire unanimité des actionnaires pour insérer une clause de non concurrence en cours de vie sociale, Com. 26 mars 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 122, Th. Bonneau.

2. *La cession d'entreprise*, *op. cit.*, n° 732 ; Paris 20 déc. 2007, n° 7-2008 (nullité pour absence d'objet de la cession d'actions d'une société absorbée) ; Lyon 1^{er} oct. 1993, *JCP E* 1994, I, 392, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Versailles 17 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 619, n° 252, P. Le Cannu.

3. Le dol du cédant suppose qu'il ait agi sciemment en vue de tromper son cocontractant, Com. 27 janv. 2009, *JCPE* 2009, 1686, M.-L. Coquelet. Sur l'admission d'un **dol incident**, Paris 17 juin 2008, *BRDA* n° 18-2008, p. 4.

4. A. Couret et alii, *Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux*, *Bull. Joly* 2001, p. 1045, n° 242 ; J.-P. Bertrel, *Les recours offerts par la loi à un « cessionnaire déçu »*, *Dr. et patr.* avr. 1993, p. 53. Erreur : Paris 4 févr. 1992, *JCP E* 1992, I, 145, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain (l'erreur sur la valeur n'est pas constitutive d'un vice du consentement). Rapp. Com. 15 nov. 1983, *Rev. sociétés* 1984, 351, F. Derrida et J.-P. Sortais ; *D.* 1985, IR, 136, J. Cl. Bousquet (action *ut singuli* contre le cédant, ancien dirigeant) ; Com. 11 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 925, n° 300, P. Le Cannu (art. L. 225-251 C. com.) ; Civ. 3^e, 21 févr. 2001, *D.* 2001, p. 2702, D. Mazeaud (une réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée). Dol : Civ. 1^{re}, 16 oct. 2001, *RJDA* 2002, p. 36, n° 50 (réticence sur la menace de déclassement d'un terrain de camping) ; Com. 20 oct. 1998, *JCP E* 1999, p. 30, A. Viandier et J.-J. Caussain (manquement du cessionnaire à son devoir de diligence) ; Com. 27 févr. 1996, *JCP* 1996, II, 22665 J. Ghestin ; *D.* 1996, p. 518, Ph. Malaurie ; *Quot. jurid.* 14 mai 1996, P.M. (dol par réticence, manquement au devoir de loyauté du président) ; Com. 13 janv. 1998, *RJDA* 1998, p. 417, n° 600 (réticence du cédant, isolation phonique d'une discothèque) ; Paris 23 sept. 1988 (aff. B. Tapie), *Dr. sociétés* nov. 1988, n° 11, p. 5 ; Paris 26 mars 1993, *RJ com.* 1993, p. 361, D. Vidal (pas de dol si le cédant n'informe pas le cessionnaire que le commissaire aux comptes ne certifiera pas les comptes ultérieurement) ; Paris 7 nov. 1995, *JCP E* 1997, I, 639, n° 2, A. Viandier et J.-J. Caussain (pas de dol, investissement à la légère) ; Civ. 1^{re}, 28 janv. 2003, *RJDA* 2003, p. 445, n° 502 (aléa de la reprise pour 1 F par un professionnel) ; Com. 20 mai 2003, *BRDA* n° 12-2003, p. 4 (manquement de l'acquéreur à son obligation de se renseigner) ; Versailles 11 mai et 14 oct. 1999 *RTD com.* 2000, p. 110, Cl. Champaud et D. Danet (entreprises en difficulté) ; Paris 9 févr. 2001, *RTD com.* 2001, p. 451, Cl. Champaud et D. Danet (*start-up*) ; Orléans 21 mars 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 24, F. G. Trébulle ; *JCP E*

Mais la jurisprudence n'admettait qu'exceptionnellement la remise en cause de la cession ¹.

Aucune obligation légale de renseignements, analogue à celle qui est à la charge du vendeur de fonds de commerce (art. L. 141-1), ne pèse sur le cédant, ce qui est peut-être regrettable ². Certains arrêts de cours d'appel considèrent cependant que lorsqu'une vente de fonds de commerce est dissimulée sous forme de cession de la totalité des droits sociaux, le Code de commerce doit s'appliquer ³. Mais la Cour de cassation est très réticente pour admettre cette requalification ⁴. Elle réaffirme en effet régulièrement qu'une cession, même si elle porte sur la totalité des actions ou des parts sociales, ne peut être assimilée à la vente du fonds de commerce figurant à l'actif social, sous peine de nier la personnalité morale de la société ⁵.

2002, 1639, § 1, J.-J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (passif lié à une pollution, octroi de dommages-intérêts). Sur le choix de la réparation du préjudice causé, Com. 27 mai 1997, *JCP E* 1997, I, 710, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain. Cf. Bibliographie thématique sur la réticence dolosive in *Rev. sociétés* 2006, p. 467. Violence : Versailles 2 juin 1987, *JCP E* 1988, II, 15168, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 8 janv. 2008 n° 06-22432 (preuve de la violence).

1. Com. 5 déc. 2000, *BRDA* 2-2001, p. 3 (faux bilan) ; Com. 4 juill. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1081, n° 269, A. Couret (valeur négative des droits sociaux) ; Com. 10 juill. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 884, n° 308 (comptabilité irrégulière, dol) ; Crim. 18 janv. 1988, *Rev. sociétés* 1988, 576, B. Boulloc (escroquerie, recel) ; Crim. 9 août 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 911, n° 316 ; Versailles 17 juin 1987, *JCP E* 1988, II, 15109, M.C. Roca ; *Bull. Joly* 1987, p. 619, n° 252, P. Le Cannu (admettant la réticence dolosive, mais refusant d'octroyer des dommages-intérêts au cessionnaire naïf) ; Paris 11 déc. 1992, *JCP E* 1993, I, 250, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain (restriction d'accès aux locaux de la société) ; Paris 19 mars 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 700, n° 156, Cl. Roca ; *RTD com.* 1999, p. 677, Cl. Champaud et D. Danet (dol sur les éléments comptables, nullité de la cession) ; Dijon 18 mai 1999, *RTD com.* 1999, p. 891, Cl. Champaud et D. Danet (affirmation mensongère d'absence de nantissement, nullité). Sur l'admission d'un **dol du cessionnaire**, Paris 16 déc. 1992, *JCP E* 1993, I, 250, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 19 janv. 1994, *JCP E* 1994, I, 363, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain, *Bull. Joly* 1994, p. 369, n° 109 ; comp. Paris 25 oct. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 64, n° 12, A. Couret. Sur les responsabilités encourues par les cédants (Com. 16 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 705, n° 255, J.-J. Daigne) et en cas de présentation de bilan inexact par le président, l'expert-comptable, le commissaire aux comptes, cf. par ex. Paris 1^{er} févr. 1984, *Rev. sociétés* 1984, 779, D. Schmidt.

2. Paris 18 juin 1998, *RTD com.* 1998, p. 858, Cl. Champaud et D. Danet. Sur le silence fautif conservé par le vendeur et la faute du repreneur, Paris 26 nov. 1999, *RTD com.* 2000, p. 377, Cl. Champaud et D. Danet ; rapp. pour une GIE, Paris 22 sept. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 1069, n° 383, J. Cl. Hallouin. Sur la responsabilité précontractuelle du cédant et l'obligation de s'informer qui pèse sur le cessionnaire, Versailles 17 juin 1987 *Bull. Joly* 1987, p. 779, n° 318, L. Faugérolas ; Paris 2 mars 1995, *JCP E* 1995, I, 475, n° 3 et 4, A. Viandier et J.-J. Caussain. V. cependant Com. 21 janv. 1997, *D. aff.* 1997, p. 421, *BCNCC* n° 107-1997, Ph. Merle (absence de faute du repreneur qui n'a pas demandé d'audit et s'est fondé sur la certification des comptes) ; Paris 14 mai 1993, *BRDA* 14-1993, p. 16 ; P. Mousseron, *L'obligation de renseignement dans les cessions de contrôle*, *JCP E* 1994, I, 362.

3. Paris 31 janv. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 427, n° 178, P. Le Cannu ; *JCP E* 1997, II, 947, A. Viandier ; *RTD civ.* 1997, p. 443 P.Y. Gautier ; Bordeaux 8 nov. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 180, n° 47, P. Le Cannu ; *JCP E* 1990, II, 15 784, n° 14, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Montpellier 24 oct. 1991, *JCP E* 1992, I, 172, n° 12, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1992, p. 354, n° 4, J. Derrupé.

4. Com. 4 déc. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 194, n° 62, Cl. Roca.

5. Com. 13 févr. 1990, *Rev. sociétés* 1990, 251, P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 1990, p. 659, n° 186, M. Jeantin ; *JCP E* 1990, II, 15784, n° 8, A. Viandier et J.-J. Caussain et 15 855, H. Lazarski ;

Cependant, la **jurisprudence** est de plus en plus exigeante en ce qui concerne le **devoir de loyauté** des parties dans le cadre de la conclusion du contrat ¹. Cette obligation pèse tant sur le cédant ² que sur le cessionnaire ³. Bien entendu, si le cédant a une obligation d'informer ⁴, il incombe également au cessionnaire de se renseigner ⁵.

Cette évolution jurisprudentielle permet de mieux protéger le cessionnaire ⁶. C'est ainsi que les arrêts admettent plus volontiers l'**erreur sur la substance**, dès lors que la société dont les actions sont cédées ne peut plus poursuivre l'activité économique constituant l'objet social, du fait, par exemple, de la disparition ou de l'indisponibilité de son actif essentiel :

« Attendu qu'ayant retenu que la société Novopac n'aurait pas traité si elle avait connu l'indisponibilité du matériel constituant l'essentiel de l'actif immobilisé de la société APS, sans laquelle l'entreprise ne pouvait avoir aucune activité et à défaut duquel l'acquisition perdait toute substance, la cour d'appel a pu déduire que cette erreur, portant sur les qualités substantielles des parts sociales objet de la cession litigieuse, entraînait la nullité de la convention... » ⁷.

D. 1990, p. 470, C. D'hoir-Lauprêtre ; RTD com. 1990, p. 582, n° 1, Cl. Champaud et p. 590, n° 1, Y. Reinhard ; Civ. 1^{re}, 6 déc. 1994, Rev. sociétés 1995, p. 516, B. Petit ; JCP E 1995, I, p. 475, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain, Adde M. Jeantin, *Cession massive de titres d'une société et transmission du fonds de commerce*, Dr. sociétés, juill. 1988. V. infra, n° 657 pour la même solution dégagée en matière fiscale. Ne s'applique donc pas à la cession de droits sociaux la loi Hoguet du 2 janv. 1970, Com. 22 janv. 1991, Bull. Joly 1991, p. 398, n° 128 D. L. ; JCP E 1991, I, 61, n° 6, A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 1991, p. 182, n° 2 J. Derruppé ; Civ. 1^{re} 27 déc. 2008, Bull. Joly 2009, p. 253, n° 49, A. Couret.

1. V. pour une annulation pour fraude et défaut d'*affectio societatis*, Com. 25 avr. 2006, Dr. sociétés 2006, n° 162, H. Hovasse.

2. Com. 4 déc. 2007, Bull. Joly 2008, p. 462, n° 97, X. Vamparys (action en responsabilité contractuelle sur la base de l'article 1134 C. civ.) ; Com. 13 nov. 2003, Bull. Joly 2004, p. 249, n° 39, A. Couret (réticence dolosive) ; Com. 12 mai 2004, Bull. Joly 2004, p. 1115, n° 218, D. Schmidt ; D. 2004, p. 1599, A. Lienhard et, sur renvoi, Paris 18 déc. 2008, BRDA n° 9 - 2009, p. 3 (manquement du dirigeant à son obligation de loyauté à l'égard de tout associé) ; Com. 6 mai 2008, Bull. Joly 2008, p. 885, n° 190, Th. Massart ; Rev. sociétés 2009, p. 95, L. Godon (vers une obligation de conseil du cédant lors de la sortie des minoritaires) .

3. V. cependant, Civ. 3^e, 17 janv. 2007, D. 2007, p. 1051, D. Mazeaud, Ph. Stoffel-Munck ; JCP E 2007, 1444, C. Jamin, qui décide que l'acquéreur même professionnel n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis (à propos d'un immeuble, mais transposable). Sur la différence entre le manquement au devoir de loyauté et la réticence dolosive, Paris 4 juill. 2003, Bull. Joly 2003, p. 1156, n° 240, J. J. Daigre ; JCP E 2004, n° 604, A. Constantin ; RTD com. 2004, p. 326, Cl. Champaud et D. Danet (dissimulation d'une introduction en bourse).

4. Civ. 1^{re}, 15 mars 2005, BRDA 10-2005, p. 2.

5. Com. 29 oct. 2003, Bull. Joly 2004, p. 113, n° 19, Th. Massart ; Com. 10 déc. 2003, BRDA 2004-3, p. 3 (erreur non excusable de l'acquéreur ayant manqué à son obligation de se renseigner).

6. C. Rémond Bied et C. Vercheyre Gard, *Cession de droits sociaux : la nouvelle jurisprudence favorable au cessionnaire déçu*, RJDA 1996, p. 831. Sur les contestations émanant de l'administration fiscale, A. Couret, L. Cesbron, B. Provost, P. Rosenpick et J.-C. Sauzey, *Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux*, Bull. Joly 2001, p. 1045, n° 242, spéc. n°s 88 s.

7. Com. 17 oct. 1995, Bull. Joly 1996, p. 35, n° 6, M. Jeantin ; Rev. sociétés 1996, p. 55 (1^{re} esp.), D. Bureau ; D. 1996, p. 167, J. Paillusseau ; Dr. sociétés 1996, n° 2, Th. Bonneau ; RTD civ.

Dans la même ligne, la Chambre commerciale a semblé réaliser une ouverture en faveur d'une admission de la *garantie des vices cachés* ¹, mais le jeu de la garantie est rarement admis par les arrêts ².

En cas d'annulation d'une cession d'actions, et si la restitution en nature est impossible, par exemple parce que les actions ont été revendues à un tiers, le cédant a le droit d'obtenir la restitution au jour de l'acte annulé ³.

La prescription de l'action en nullité de la cession des actions pour vice du consentement est de cinq ans, en application de l'article 1304 du Code civil (et non pas de trois ans, la prescription de l'article L. 235-9 ne jouant que pour les actes de la société) ⁴.

655-1 *Clauses de garantie de passif* ◇ En raison de ces incertitudes, les praticiens ont pris l'habitude de prévoir, dès lors qu'il y a une cession importante de parts ou d'actions, une garantie conventionnelle ⁵. Celle-ci débute généralement par une série de **déclarations du cédant** ⁶ portant sur les postes du bilan de la société cédée ainsi que sur sa situation contractuelle,

1996, p. 148, n° 5, J. Mestre ; *RTD com.* 1996, p. 286, Cl. Champaud et D. Danet ; *Com.* 21 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 25, n° 5, P. Le Cannu ; *Com.* 4 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 62, n° 11, A. Couret (fermeture administrative) ; *Com.* 21 nov. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 166, n° 43 (société en cessation des paiements) ; *Com.* 28 janv. 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 572, n° 118 (nullité pour désordres affectant l'immeuble) ; Paris 14 nov. 2000, *RTD com.* 2001, p. 151, J.-P. Chazal et Y. Reinhard. V. déjà, *Com.* 7 févr. 1995, D. 1996, p. 50, R. Blasselle ; *Bull. Joly* 1995, p. 407, n° 138, A. Couret ; *RTD civ.* 1995, p. 878, J. Mestre (société privée de l'essentiel de son actif et devenue dans l'impossibilité manifeste de réaliser son objet social, alors que la cession avait eu lieu pour le franc symbolique). *Com.* 29 oct. 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 36, F. G. Trébulle ; *JCP E* 2004, 601, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *Bull. Joly* 2004, p. 113, n° 19, Th. Massart (caractère excusable de l'erreur provoquée sur les qualités substantielles) ; *Com.* 10 déc. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 523, n° 99, P. Scholer ; *Dr. sociétés* 2004, n° 62, H. Hovasse.

1. *Com.* 12 déc. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 55 (2^e esp.) D. Bureau ; *Bull. Joly* 1996, p. 200, n° 65, A. Couret ; D. 1996, p. 277, J. Paillusseau ; *JCP E* 1996, II, 798, Y. Guyon et I, 541, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1996, p. 294, B. Petit et Y. Reinhard ; *Civ.* 3^e, 12 janv. 2000, *RJDA* 2000, p. 339, n° 426.

2. *Com.* 4 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 926, n° 334, A. Couret ; *JCP E* 1996, I, 589, n° 3, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *RTD com.* 1996, p. 680, Cl. Champaud et D. Danet ; *RTD com.* 1997, p. 111, B. Petit et Y. Reinhard (la révélation d'un passif ne constitue pas un vice caché des droits sociaux cédés). *Com.* 7 avr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 956, n° 293, P. Scholer ; Versailles 8 oct. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 372, n° 75, P. Le Cannu ; *RTD com.* 1998, p. 893, Cl. Champaud et D. Danet.

3. *Com.* 14 juin 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 1399, n° 304, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 2006, p. 66, N. Mathey ; *JCP E* 2005, 1834, n° 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker et 2006, 1349, R. Wintgen ; *Dr. sociétés* 2005, n° 158, H. Hovasse ; D. 2005, p. 1775, A. Lienhard.

4. *Civ.* 3^e 6 oct. 2004, D. 2004, p. 2719, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2005, p. 114, n° 16, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 2005, p. 152, B. Saintourens ; *JCP E* 2004, 1773, H. Hovasse ; *Rev. sociétés* 2005, p. 411, J. F. Barbieri ; *RTD com.* 2005, p. 122, M. H. Monsérié-Bon ; *Rapp. Civ.* 1^{re}, 24 janv. 2006, *RJDA* n° 8-9 2006, p. 802, n° 862 (admettant que l'action soit exercée dans les cinq ans de la découverte du dol, même si cette dernière survient plus de trente ans après l'acte attaqué).

5. La clause s'ajoutant aux dispositions légales, n'empêche pas d'invoquer la nullité de la cession pour dol, *Com.* 3 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 519, n° 107.

6. S. Vermeille, *L'efficacité juridique des déclarations du vendeur dans les cessions de contrôle d'une société*, *Bull. Joly* 2008, p. 927, n° 198 ; J. Paillusseau, *La garantie de conformité dans les cessions de*

sociale et fiscale. Ensuite, sous le nom de « **clause de garantie de passif** »¹. Le cédant s'engage à prendre à sa charge tout ou partie des dettes existant antérieurement à la cession et qui se révéleraient postérieurement à celle-ci².

La garantie porte également souvent sur toute *diminution d'actif* qui serait constatée (par exemple sur les stocks) par rapport aux mentions portées dans les documents ayant servi de base à la cession (« **clause de garantie de passif et d'actif** »)³.

Ces clauses de garantie de passif sont particulièrement précieuses pour le cessionnaire en cas de fausse déclaration du cédant, de redressement opéré par le fisc⁴ ou la sécurité sociale en cas de condamnation de la société à des dommages-intérêts par un jugement ou une sentence arbitrale⁵.

L'étendue de l'engagement du cédant dépend du contenu de la clause⁶ et

contrôle, JCP E 2007, 1238 ; Versailles 18 déc. 2007, BRDA n° 5 - 2008, p. 3 ; Paris 19 févr. 2008, Bull. Joly 2008, p. 846, n° 179, P. Mousseron (portée des déclarations).

1. V. sur les clauses de non garantie de passif, H. Dubout, Bull. Joly 1995, p. 1039, n° 374 ; Agen 21 déc. 1988, Bull. Joly 1989, p. 525, n° 188, B. Saintourens.

2. H. Dubout, *Le fonctionnement des garanties de passif dans le temps*, Bull. Joly 1999, p. 1154, n° 267.

3. V. par ex. C. Lepage-Jessua, *La garantie de passif en cas de cessions de terrains contaminés*, Petites Affiches 17 févr. 1993 ; E. Frémeaux et F. Coutant, *Les cessions de droits sociaux et la protection de l'environnement*, Bull. Joly 1994, p. 1061, n° 287.

4. Com. 25 janv. 1983, JCP 1984, II, 20180, A. Viandier ; Com. 18 avr. 1985, Bull. Joly 1985, p. 782, n° 255-II. Sur la participation du garant aux opérations de contrôle fiscal, Com. 21 juin 1994, JCP E 1995, I, 447, n° 8, A. Viandier et J.J. Caussain ; Bull. Joly 1994, p. 1217, n° 327, A. Couret.

5. Cf. par ex. L. Mitrovic, *La maîtrise du risque environnemental dans la cession de droits sociaux*, D. 2003, p. 2666 ; Paris 5 mars 2004, JCP E 2005, 360, F. G. Trébulle (spécificité du passif environnemental).

6. Com. 13 juin 1978, Rev. sociétés 1979, 843, F.T. ; Com. 7 nov. 1983, Bull. Joly 1984, p. 62, n° 12 ; Com. 23 avr. 1985, Defrénois 1986, p. 595, J. Honorat ; Com. 14 mai 1985, Bull. Joly 1985, p. 782, n° 255-III ; Paris 27 juin 1989, JCP E 1990, II, 15677, n° 13, A. Viandier et J.J. Caussain. Un **seuil de déclenchement**, une **franchise** peuvent être prévus (H. Dubout, *Franchises et garantie de passif*, Bull. Joly 2007, p. 155, n° 18). En cas de doute sur l'étendue de la garantie, celle-ci doit s'interpréter en faveur de celui qui a contracté l'obligation, Aix 3 mars 1988, JCP E 1989, II, 15415, n° 7. A. Viandier et J.J. Caussain ; Paris 12 janv. 1993, Rev. sociétés 1993, p. 455, Y.G. ; la durée de la garantie est essentiellement variable en fonction des diverses prescriptions en cause ; cf. H. Dubout, *Garanties de passif et assurances de responsabilité civile*, Bull. Joly 1993, p. 967, n° 287. Une **obligation d'information du cédant** est le plus souvent prévue pour lui permettre de se défendre, Com. 28 nov. 1995, Bull. Joly 1996, p. 202, n° 66, A. Couret ; Paris 25 mars 1993, JCP E 1993, I, 288, n° 4, A. Viandier et J.J. Caussain ; Paris 12 avr. 1996, RTD com. 1997, p. 105, Cl. Champaud et D. Danet (faute du cessionnaire informant tardivement le cédant d'un contrôle fiscal) ; Com. 9 juin 1998, BRDA n° 12-2009, (sanction du non-respect du délai d'information) ; Paris 24 oct. 2000, Bull. Joly 2001, p. 292, n° 477, A. Couret (sanction non prévue en cas d'absence d'information du cédant par le cessionnaire) ; Paris 17 mai 2002, JCP E 2003, 1510, M. Danis et M. Tréguier ; 2004, 29, n° 1, J.J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (la sanction est une fin de non-recevoir de l'action en garantie). Mais en l'absence de toute clause l'obligeant à le faire, le créancier de la garantie de passif n'a pas à informer son débiteur de l'existence d'un redressement fiscal, Com. 23 nov. 1993, Bull. Joly 1994, p. 168, n° 40, A. Couret ; Dr. sociétés 1994, n° 56, H. Le Nabasque. Sur le sort des garanties de passif en cas de revente de la société-cible, H. Dubout, Bull.

l'acquéreur qui en demande le bénéfice doit être de bonne foi ¹. La mauvaise rédaction d'une stipulation qui prend le plus souvent plusieurs pages, est source d'un abondant contentieux ².

La garantie ne pouvant être mise en œuvre ³ que par son bénéficiaire, celui-ci doit être indiqué avec précision ⁴. La pratique invite à distinguer ⁵ deux types de clauses :

– **La clause de garantie passif** proprement dite, par laquelle le cédant s'engage à verser à la société des sommes qui correspondent aux dettes sociales nouvelles ou à régler directement les créanciers sociaux pour le

Joly 1998, p. 1250, n° 376 ; Paris 25 juin 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 160, Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 2000, p. 444, n° 91 ; en cas de revente de ses actions par le cessionnaire, Com. 12 févr. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 472, n° 100, P. Mousseron. Sur les conséquences pour le cédant du refus d'honorer la garantie qu'il a souscrite, Paris 28 sept. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 375, n° 77, B. Petit.

1. Com. 4 nov. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 454, n° 88, P. Mousseron ; *Rev. sociétés* 2009, p. 334, B. Dondero. Si le juge peut sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, il ne peut cependant pas porter atteinte à la substance même des droits et obligations convenus entre les parties, Com. 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2839, P. Stoffel-Munck, p. 2844, P. Y. Gautier ; *Bull. Joly* 2007, p. 1187, n° 317, A. Couret ; *JCP E* 2007, 10154, D. Houtcieff ; *RTD com.* 2007, p. 786, P. Le Cannu et B. Dondero ; Paris 14 mars 2006, *RJDA* 2006, n° 1038, p. 959 ; Lyon 1^{er} juin 2006, *JCP E* 2007, 1049, n° 4, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; *BRDA* n° 24-2006, p. 3 (créances irrécouvrables).

2. V. sur des difficultés de mise en œuvre, Com. 26 avr. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 478, n° 152 (réduction judiciaire de l'indemnité) ; Lyon 27 avr. 1989, *JCP* 1990, II, 21412, J. J. Daigre ; Versailles 18 déc. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 440, n° 126, A. Couret (compensation) ; cf. C. Haussmann et Ph. Torre, *De la compensation entre un crédit vendeur et une garantie de passif*, *JCP E* 1994, I, 372 ; Com. 2 févr. 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 77, H. Le Nabasque ; *RTD civ.* 1993, p. 819, J. Mestre (suppression du paiement du prix d'acquisition dans l'attente du jeu de la garantie de passif). *Adde*, *L'exécution des clauses de garantie de passif*, *Bull. Joly* 1987, p. 73 ; F.D. Poitral, *Les mécanismes de réduction des risques de non paiement dans le cadre des garanties de passif*, *Rev. sociétés* 1995, p. 659 ; J. Paillusseau, *Les conditions de la mise en œuvre de la garantie*, *Dr. et patr.* nov. 1994, p. 34.

3. La mise en œuvre de la garantie n'est pas nécessairement subordonnée à la preuve d'un préjudice du cessionnaire, Com. 29 janv. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 654, n° 138, P. Mousseron ; *JCP E* 2008, 2446, M. L. Coquelet. Sur la mise en œuvre d'une garantie autonome destinée à assurer l'exécution d'une garantie de passif, Com. 30 oct. 2007, *BRDA* n° 22 – 2007, p. 10.

4. J. Paillusseau, *Le bénéficiaire de la garantie de passif*, *JCP E* 2002, 367. Com. 1^{er} avr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 647, n° 247, P. Mousseron ; *Dr. sociétés* 1997, n° 92, Th. Bonneau ; *JCP E* 1997, I, 676, n° 4, A. Viandier et J. J. Caussain ; Com. 10 juill. 2007, *Rev. Sociétés* 2007, p. 798, M. Dubertret ; *JCP E* 2008, 1280, n° 4, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker (absorption de la société bénéficiaire de la garantie) ; Com. 4 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 926, n° 334, A. Couret ; *JCP E* 1996, panor. p. 444, S. de Vendeuil (irrecevabilité du bénéficiaire ayant cédé ses titres) ; Com. 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1058, P. Mousseron ; D. 1998, somm. 112, Ph. Delebecque ; *JCP E* 1998, p. 509, A. Viandier et J. J. Caussain (possibilité pour la société d'agir contre le cédant, sur la base d'une stipulation pour autrui) ; comp. refusant le jeu de la stipulation pour autrui, Paris 12 oct. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 343, n° 74 et J. Paillusseau préc. ; Com. 28 janv. 1992, *Dr. sociétés*, 1992, n° 119, H. Le Nabasque ; Com. 3 déc. 1991, *Dr. sociétés*, 1992, n° 135, Y. Chaput (refus du bénéfice de la clause à un syndic) ; Paris 25 janv. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 387, n° 115, A. Couret ; *Dr. sociétés* 1994, n° 95, H. Le Nabasque (garantie attachée aux actions) ; Paris 30 août 2005, *JCP E* 2006, 2035, n° 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker ; Paris 20 juin 2006, *JCP E* 2007, 1877, n° 4, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

5. P. Mousseron, préc., *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouv. éd. fiduciaires 2^e éd. 1998 ; H. Dubout, *La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition d'entreprise*, *Bull. Joly* 2004, p. 891, n° 183.

compte de la société, le montant des dettes pouvant être supérieur au prix de cession consenti entre les parties.

– La clause de révision de prix (ou de garantie de valeur), qui joue au profit de l'acquéreur en proportion des droits sociaux acquis ¹. Elle ne peut entraîner une restitution supérieure au prix de cession ².

– Les cédants qui ont pris un engagement commun de passif sont réputés solidairement tenus à l'égard du ou des cessionnaires ³.

655-2 Fiscalité des garanties de passif et des clauses de *earn out* ◇

Fiscalement, les clauses de garanties de passif ont été pendant longtemps comme ignorées, l'administration fiscale et le Conseil d'État considérant, de manière générale, qu'elles ne pouvaient pas avoir d'incidence sur la plus-value imposable, laquelle devait être calculée à titre définitif à la date de la cession, nonobstant les corrections ultérieures qui pouvaient y être apportées ⁴.

Les clauses d'intéressement, dites clauses de *earn out*, n'étaient guère mieux considérées ⁵.

Tel n'est plus le cas ⁶, les incidences de ces différentes clauses sont dorénavant fixées par la loi fiscale, au regard de l'imposition des plus-values réalisées par les particuliers ⁷.

1. Com. 21 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 223, n° 86, P. Mousseron ; *JCP E* 1998, p. 1305, A. Viandier et J.J. Caussain ; Com. 16 janv. 2001, *Dr. sociétés* 2001, n° 75, Th. Bonneau ; Com. 3 avr. 2007, *Bull. Joly* 2007, n° 235 ; p. 844, P. Mousseron (la garantie de valeur ne bénéficie qu'à l'acquéreur, même s'il n'est plus titulaire des actions cédées) ; Com. 11 mars 2008, *JCP E* 2008, 2400, M. Dubertret (absence de transmission de la clause de révision de prix en cas de revente des actions de la société cédée).

2. Cf. par ex. Com. 18 déc. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 486, n° 105, A. Couret ; *JCP E* 2002, 1639, n° 2, J.J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; Paris 19 mai 2000, *RTD com.* 2001, p. 916, Cl. Champaud et D. Danet ; Paris 13 mars 2002, *Dr. sociétés* 2003, n° 13, H. Hovasse.

3. Com. 28 nov. 2006, *JCP E* 2007, 1416, H. Hovasse.

4. CE 25 juin 2003, *Moureau*, *Dr. fisc.* 2004, n° 3, comm. 88 ; 27 juill. 2006, *Massonnet*, *Dr. fisc.* 2007, n° 19, comm. 488 ; 10 avr. 2009, *Cassou*, *RJF* 7/09, n° 641. Par principe, le droit fiscal considère, plus généralement, que tout événement postérieur à une cession de titres ne saurait affecter, *a posteriori*, le montant des plus-values mobilières (CE 16 juin 2003, *Gardet*, *Dr. fisc.* 2003, n° 51, comm. 911 ; *supra* n° 315-1) ; cep., CE 16 sept. 2003, ord. n° 228955, *Auphan*, *Dr. soc.* 2005, n° 59.

5. CE 29 déc. 2000, *Bellane*, *RJF* 2/01, n° 311 ; *Dr. fisc.* 2001, comm. 367 ; CAA Bordeaux 30 oct. 2007, *Engelhard*, *RJF* 6/08, n° 675 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 13, comm. 235.

6. O. Renault et R. Pouget, *Clauses de earn-out, garanties de passif et plus-values sur titres : La loi de finances pour 2000 règle-t-elle définitivement les problèmes ?* *JCP E* 2000, n° 28, p. 1124 ; J. Salès et D. Lacaze, *Clauses d'earn out : un avenir prometteur*, *Dr. sociétés*, juin 2000, p. 13 ; J.-C. Parot, *Révision du prix de cession de titres résultant d'une clause de earn out ou de garantie de passif, Les nouvelles dispositions législatives*, *Dr. sociétés, Actes prat.* juill./août 2000, p. 28 ; Ph. Donneaud, *Le traitement des sommes versées en exécution de clauses à effets différés*, *Option finance* 20 juin 2005, n° 839, p. 28. Instr. 13 juin 2001, BOI 5 C-1-01, spéc. fiches 3 et 4 (versements intervenus ou pertes constatées à compter du 1^{er} janv. 2000).

7. Aucune modification n'a en revanche été apportée en ce qui concerne l'exigibilité des droits d'enregistrement.

L'art. 150-O D, 14, alinéa 1^{er}, CGI, définit la clause de garantie de passif ou d'actif net comme la clause du contrat de cession par laquelle le cédant s'engage à reverser au cessionnaire tout ou partie du prix de cession, en cas de révélation, dans les comptes de la société dont les titres sont l'objet du contrat, d'une dette ayant son origine antérieurement à la cession ou d'une surestimation de valeurs d'actifs figurant au bilan de cette même société à la date de la cession ¹.

Alors que la plus-value sur les titres cédés a dû être déterminée au titre de l'année de la cession, sur la base du prix estimé dans l'acte de vente, en cas de mise en œuvre d'une telle clause, le cédant pourra demander la décharge ou la réduction de l'imposition qui a été ainsi initialement établie ².

Pour sa part, l'acquéreur, lors de la cession ultérieure des titres, devra tenir compte du montant des sommes récupérées lors de la mise en œuvre de la clause et réduire en conséquence le prix d'acquisition des titres, avant de procéder au calcul de la plus-value engendrée par cette dernière cession (art. 150-O D, 14, al. 2 CGI).

L'art. 150-OA-I-2 CGI définit la clause d'intéressement comme la clause du contrat de cession de valeurs mobilières ou de droits sociaux par laquelle le cessionnaire s'engage à verser au cédant un complément de prix, exclusivement déterminé en fonction d'une indexation directe avec l'activité de la société dont les titres sont l'objet du contrat ³.

Bien que, en principe, le fait générateur de l'imposition des plus-values soit constitué par la cession à titre onéreux des titres, le versement d'un complément de prix, à la suite de la mise en œuvre d'une telle clause, est imposable à la date de sa perception (art. 150-OA-I-2 et 150-OD-2 CGI), selon le régime des plus-values de

1. Cette définition ne vise que le cas où la clause prévoit le reversement au profit du cessionnaire. Néanmoins, l'instruction du 13 juin 2001 (*op. cit.*, fiche 3, n° 4) admet également l'hypothèse dans laquelle la clause prévoit le reversement au profit de la société. La clause doit impérativement être incluse dans l'acte de cession ou dans une convention annexée à cet acte et non dans un acte postérieur (Instr. précitée, n° 6).

2. CE 26 sept. 2001, *Niderkorn*, Dr. fisc. 2002, n° 27, comm. 561, concl. G. Bachelier (cas particulier d'une garantie de passif assurée par le cessionnaire). La déduction n'est admise que dans la limite de la plus-value initialement déclarée et ne peut pas avoir pour conséquence de dégager une perte nette (Instr. *op. cit.*, n° 9). La question se pose donc du traitement fiscal à réserver au montant du reversement excédant le prix de cession (hypothèse rare en pratique, d'une garantie de type indemnitaire ne limitant pas le montant de l'indemnisation au prix de cession des droits sociaux).

3. Cette définition, qui ne vise que les compléments de prix liés à l'activité de la société (indexation sur le chiffre d'affaires ou le bénéfice, etc.) ou à celle d'une société du même groupe (*infra*, n° 666-3 ; Instr. *op. cit.*, fiche 4, n° 3), est sans doute également d'interprétation limitative. Aussi faudrait-il considérer qu'est exclu *a contrario* du régime décrit ci-après le versement de compléments de prix lié à la valorisation de la société (ex. versement d'un complément de prix lié à l'entrée d'un nouvel investisseur). Les sommes perçues à ce titre par le cédant personne physique devraient être considérées comme un complément de rémunération (imposable à l'IRPP, dans la catégorie des BNC, conformément à l'art. 92-1 CGI) et non comme une plus-value. Bénéficient en revanche de ce régime de faveur les clauses dites de « *vesting* » (clauses prévoyant qu'un complément de prix est versé si le cédant des titres demeure au sein de la société durant une période prédéfinie), sauf à ce que le complément de prix cache en réalité la rémunération de l'activité du cédant dans l'entreprise et soit alors constitutif d'un abus de droit (Instr. *op. cit.*, n° 5 et 6). En tout état de cause, le complément de prix, qui peut être plafonné, doit présenter un caractère aléatoire à la date de la réalisation de la cession (au contraire d'un prix de vente payable par fractions échelonnées ; Instr. *op. cit.*, n° 4).

valeurs mobilières au taux global de 30,1 %¹, quel que soit le délai écoulé entre la date de cession et celle du versement du complément de prix².

Par ailleurs, le gain retiré de l'apport, avant son exigibilité, d'une créance qui trouve son origine dans une clause de *earn out* peut être reportée, sur option expresse, au moment où s'opérera la transmission, le rachat, le remboursement ou l'annulation des titres reçus en contrepartie de l'apport (art. 150-O B bis CGI)³.

656 *Clauses léonines* ◇ En pratique, il est fréquent qu'une cession d'actions soit étalée dans le temps et qu'un prix plancher soit fixé pour le reliquat d'actions, afin de garantir le cédant des conséquences de la mauvaise gestion du cessionnaire⁴. La Cour de cassation, dans une interprétation extensive de la notion de clause léonine, a longtemps considéré que ces clauses n'étaient pas valables et devaient être réputées non écrites car le cédant était ainsi exonéré de toutes pertes. La Chambre commerciale a heureusement adopté une position beaucoup plus souple (v. *supra*, n° 42)⁵.

La pratique des cessions étalées dans le temps, qui peut être justifiée par le manque de liquidités de l'acquéreur ou par le souhait du cédant de réduire

1. Ce taux global se décompose ainsi : taux forfaitaire de 18 % (art. 200 A 2 CGI) auquel se superposent les différents prélèvements sociaux pour un taux total de 12,1 % (prélèvement social : 2 %, CRDS : 0,5 %, CSG : 8,2 %, C3S : 0,3 % et contribution RSA : 1,1 %). Le complément de prix est imposé dès le premier euro, sans qu'il soit tenu compte du dépassement du seuil de cession au cours de l'année où il est reçu (*supra*, n° 315-1 ; Instr. *op. cit.*, n° 9). Néanmoins, l'administration fiscale considère que le complément de prix doit être retenu pour l'appréciation du seuil de cession. Ce complément est soumis au régime des plus-values de valeurs mobilières (art. 150-O A-I-2 al. 2 CGI), éventuellement selon celui du long terme si la plus ou moins-value dégagée lors de la cession initiale des titres relevait également de ce régime (Instr. 4 avr. 2008, BOI 4 B-1-08, n°s 175 s.).

2. CAA Nantes 15 déc. 2008, *Samuzeau*, RJF 5/09, n° 446 (applicabilité dans le temps de l'art. 150-O A CGI).

3. Le cédant (apporteur de la créance) doit avoir exercé une fonction de direction (cf. art. 885 O bis ; art. 150-O B bis a CGI) dans la société dont l'activité est le support du complément de prix, de manière continue pendant les cinq années précédant la cession des titres de cette société. Dans l'hypothèse où l'apport est un échange avec soulte, celle-ci ne doit pas excéder 10 % de la valeur nominale des titres reçus (art. 150-O B bis b CGI).

4. V. Ph. Merle, *Rev. sociétés* 1982, 98, sous Com. 10 févr. 1981 ; Paris 12 mai 2000, *RTD com.* 2001, p. 448, Cl. Champaud et D. Danet ; J.-F. Bulle, *Aspects pratiques sur la période intermédiaire en cas de cession de titres*, *Dr. sociétés*, janv. 2000, p. 5. Sur les clauses d'*earn out* (clauses d'intéressement) cf. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 2007, p. 224 ; A. Guenguant, *JCP E* 1993, panor. p. 272 ; S. Kandé de Beaupuy, *Dr. et patr.* janv. 1994, p. 26 ; *JCP E* 1998, p. 1174 ; F.D. Poittrinal, *Cessions d'entreprises : les conventions de earn out*, *JCP E* 1999, p. 18. Sur la fiscalité des clauses d'*earn out*, cf. *supra*, n° 655-2. Sur les risques de nullité pour indétermination du prix, comp. Com. 10 mars 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 464, n° 159, A. Couret ; *Rev. sociétés* 1998, p. 541, B. Saintourens ; *JCP E* 1998, p. 1303, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Com. 14 déc. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 448, n° 92, A. Couret ; *JCP E* 2000, p. 797, A. Viandier et J.-J. Caussain ; *D. aff.* 2000, p. 74, V. Avena-Robardet ; Com. 16 janv. 2001, *JCP E* 2001, p. 896, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Versailles 30 sept. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 405, n° 82. Cf. J.-P. Garçon, *Fixation d'un prix de cession de titres et référence aux éléments comptables*, *JCP E* 2000, p. 496.

5. V. par ex. Com. 16 nov. 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 196, n° 36.

l'impact de la charge fiscale de ses plus-values, continue à poser de délicates questions quant à la détermination du prix du reliquat d'actions ¹.

- 657 Régime fiscal** ◇ Depuis un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 7 mars 1984, *Beauvallet-Naturana* ², la cession massive de droits sociaux n'est plus considérée comme une cession d'entreprise assujettie au droit de mutation des fonds de commerce ³ et peut être, en conséquence, moins lourdement taxée. À la suite de ces arrêts, l'administration fiscale a décidé d'abandonner sa doctrine ⁴ : il n'y a plus en principe de requalification de cession de titres sociaux en cession d'entreprise au regard des droits d'enregistrement ⁵. La cession massive de droits sociaux accompagnée ou suivie de modifications statutaires ne peut donner lieu à requalification que si, juridiquement, les transformations envisagées entraînent la disparition de la société initiale et la création d'un être moral nouveau ⁶.

SECTION 3. CONSÉQUENCES DES LIENS FINANCIERS

- 658 Caractéristiques** ◇ Les liens financiers établis entre les sociétés grâce aux prises de participations n'ont pas pour effet de conférer une personnalité morale au groupe ainsi constitué ⁷. La société-mère et ses filiales conservent

1. J. Mourg, *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 C. civ.)* Rev. sociétés 1997, p. 455 ; Com. 26 nov. 1996, Bull. Joly 1997, p. 133, n° 45, Cl. Roca ; JCP E 1997, I, 639, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain (en dehors des cas visés par l'article 1843-4 C. civ., le prix ne peut être fixé par un expert que si les parties en conviennent) ; Com. 10 mars 1998, Bull. Joly 1998, p. 464, n° 159, A. Couret ; JCP E 1998, p. 1303, A. Viandier et J.-J. Caussain (prix déterminable, éléments indépendants de la volonté des parties) ; Civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 465, n° 160, A. Couret (fixation judiciaire en contradiction avec l'art. 1591 C. civ.) ; Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, Bull. Joly 1998, p. 461, n° 158, J.-J. Daigre ; Dr. sociétés 1998, n° 55, Th. Bonneau ; Rev. sociétés 1998, p. 332, D. Randoux (défaut d'indépendance du tiers arbitre, art. 1592 C. civ.). L'expert de l'art. 1843-4 C. civ. n'est pas lié par les méthodes d'évaluation préconisées par les parties ou par les statuts, Com. 5 mai 2009, BRDA n° 9 – 2009, p. 2.

2. Com. 7 mars 1984, *Beauvallet-Naturana*, Dr. fisc. 1984, n° 26, comm. 1293 ; RJF 6/84, p. 397 ; Rev. sociétés 1985, p. 406, J.-P. Sortais ; JCP E 1984.II.14354, C. David ; également com. 26 avr. 1984, *SA Otto Lazar*, Bull. civ. IV, n° 137, p. 115.

3. V. *supra*, n° 4.

4. Comm. adm. du 7 avr. 1987, BOI 7 H-1-87.

5. Il faut toutefois réserver, en ce qui concerne les impôts directs, l'hypothèse dans laquelle la cession de contrôle s'accompagnerait d'un changement d'activité réelle de la société (*supra*, n° 53-1).

6. Sur le régime fiscal des transformations de société, *supra* n° 104 ; sur le cas particulier des conséquences fiscales entraînées par la cession massive de droits sociaux d'une société relevant de l'impôt sur le revenu, *supra* n° 127.

7. V. par ex. Com. 2 avr. 1996, *Dr. sociétés* 1996, n° 118, Th. Bonneau ; Bull. Joly 1996, p. 510, n° 173, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1996, p. 573, C. Gavalda ; JCP E 1997, II, 1031, J.-P. Chazal (impossibilité d'ouvrir un compte bancaire au nom du groupe).

chacune leur *personnalité juridique* ¹. Cependant, il serait totalement irréaliste de ne pas tenir compte de l'interdépendance, de la communauté d'intérêts, existant entre les sociétés appartenant à un même groupe. Le législateur est déjà intervenu, ponctuellement, et souvent à l'initiative de la COB (AMF), dans certains domaines. Dans d'autres, c'est la jurisprudence qui joue un rôle essentiel.

§ 1. Les interventions législatives

La réglementation légale porte sur l'information (A), les participations croisées (B), la consolidation des comptes (C) et le financement au sein du groupe (D). Il a fallu attendre la loi de finances du 30 décembre 1987 pour que soit institué un régime fiscal des groupes de sociétés (E).

A. Notifications et informations

659 Évolution ◇ La loi de 1966 n'était pas très exigeante dans sa rédaction initiale sur les informations à fournir en cas d'existence de liens entre sociétés (cf. art. L. 356 anc.). Or, dès que certains seuils de participation sont dépassés, il est du plus grand intérêt qu'ils soient connus des dirigeants, des actionnaires, des salariés et du public. Actionnaires et salariés peuvent ainsi suivre l'évolution de la configuration du groupe. Les investisseurs peuvent savoir grâce à cette **transparence** du capital à quelles sociétés ils peuvent s'intéresser, et les dirigeants des sociétés visées mettre en place des mesures de défense (*supra*, n° 651) ².

La COB par une décision générale du 17 mars 1981 avait imposé une information plus complète, mais cette information ne pouvait concerner que les sociétés cotées. S'inspirant de cette réglementation, la loi du 12 juillet 1985 a étendu l'obligation d'information pour les participations significatives détenues dans toutes les sociétés, cotées ou non ³. Le dispositif a été renforcé par certaines dispositions de la loi du 17 juin 1987 sur l'épargne. Il a été de nouveau bouleversé par la loi *sécurité et transparence* du 2 août 1989, qui a perfectionné la réglementation en matière de franchissements de seuils, consacré l'action de concert et exigé une publicité pour les pactes

1. Com. 30 mai 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 772, Y. Guyon (imputation des sanctions en cas d'entente illicite) ; Com. 5 avr. 1994, *Dr. sociétés* 1995, n° 28, Y. Chaput (nécessité de prouver la cessation des paiements de chacune des sociétés du groupe) ; Com. 26 avr. 1994, *RJDA* 1994, p. 736, n° 930 (nécessité d'assigner en justice distinctement chacune des sociétés en l'absence de fictivité ou de confusion des patrimoines) ; Com. 13 juin 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 736, P. Didier (aff. *Métrologie internationale* ; personnalité juridique distincte des filiales) ; Com. 18 mai 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 127, Th. Bonneau ; *JCP E* 1999, p. 1241, A. Viandier et J.-J. Caussain (nul ne plaide par procureur).

2. Sur l'atteinte à la notion de société « anonyme » et les risques au plan stratégique d'une telle transparence, cf. R.M. JO déb. AN 11 août 1986, p. 2664 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 662.

3. V. 18^e Rapport de la COB 1985, p. 74.

entre actionnaires, obligation renforcée par la loi NRE du 15 mai 2001 (cf. art. L. 233-11 ; *infra*, n° 660-2).

660 Franchissements de seuils ¹ ◇ Désormais, la réglementation sur les franchissements de seuils, qui est devenue complexe, ne s'applique plus aux sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ². Elle a été renforcée par la « loi Breton » du 26 juillet 2005 ³ et l'ordonnance du 30 janvier 2009 ⁴ qui, dans un souci de transparence, a étendu le régime des déclarations à certains instruments financiers dérivés (cf. art. L. 233-9, I-4° nouv.).

Toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert (sur l'action de concert, v. *infra*, n° 660-1), qui vient à posséder un nombre d'actions ⁵ représentant plus de 5, 10, 15, 20, 25, 33,33 ⁶, 50, 66,66, 90 ou 95 % du capital ou des droits de vote d'une société ayant son siège sur le territoire de la République, doit informer cette société, au plus tard avant la clôture des négociations du quatrième jour de bourse suivant le jour du franchissement du seuil de participation donnant lieu à déclaration ⁷ (art. L. 233-7, I, al. 1 nouv. ; R. 233-1 nouv.).

Elle doit également en informer l'AMF dans un délai de cinq jours de bourse à compter du franchissement du seuil. L'autorité de régulation doit alors porter cette information à la connaissance du public (art. L. 233-7, II).

Les mêmes informations doivent être également données lorsque la participation au capital ou en droits de vote devient inférieure à l'un de ces seuils (art. L. 233-7 I, al. 2).

1. Cf. N. Rontchevsky, *RTD com.* 1998, p. 884 ; ANSA, *Les franchissements de seuils de participation et l'action du concert*, séminaire du 10 juin 1991 ; M. Germain, *La déclaration de franchissement de seuil*, *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 20 ; A. Couret, D. Martin et L. Faugérolas, *op. cit.*, n°s 110 s. ; A. Couret, *Le minoritaire franchissant les seuils*, *Petites Affiches* 3 mars 1993, p. 6. Le seuil est représenté par une fraction dont le numérateur est le nombre des actions (ou des droits de vote) détenus par l'intéressé et le dénominateur le nombre total des actions (ou des droits de vote).

2. Les titres de ces sociétés étant obligatoirement nominatifs (*supra*, n° 284) il est facile, tout au moins pour les dirigeants de la société, de suivre les mouvements qui affectent les actions.

3. Sur cette réforme, cf. M. Loy, *JCP E* 2005, 1285 ; F. Bucher, *Bull. Joly* 2005, p. 1307, n° 289. Les textes ont de nouveau été modifiés par la loi du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier qui adapte notre droit interne à des dispositions communautaires disparates. Cf. *BRDA* n° 1-2008, p. 15 ; B. Lecourt, *Rev. Sociétés* 2008, p. 207.

4. V. les commentaires de F. Peltier et C. Maison-Blanche, *JCP E* 2009, 1509 ; *BRDA* n° 3-2009, p. 24.

5. La réglementation concerne les actions d'une société ayant son siège sur le territoire de la République, admises aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3 CMF.

6. Le franchissement du seuil du tiers en capital ou en droits de vote entraîne l'obligation de déposer une OPA ou une OPE.

7. Sur les dérogations à ces obligations de déclaration de franchissements de seuils, cf. art. L. 233-7, IV et V.

En outre, lorsqu'une personne physique ou morale acquiert un nombre d'actions représentant plus de 10,15, 20 ou 25 % du capital ou des droits de vote d'une société dont les actions sont cotées sur un marché réglementé, elle est tenue de faire une **déclaration d'intention** indiquant notamment les objectifs qu'elle envisage de poursuivre au cours des six mois à venir ¹ (cf. ci-après et art. L. 233-7, VII nouv. et R. 233-1-1-1 nouv.).

Outre cette obligation légale, les **statuts** de la société peuvent prévoir une obligation supplémentaire d'information portant sur la détention de fractions du capital ou des droits de vote inférieures à 5 % sans toutefois que ces fractions puissent être inférieures à 0,5 % du capital ou des droits de vote (art. L. 233-7, III) ².

Cette possibilité est très utilisée par les sociétés qui ont un actionnariat très « atomisé » et dont elles veulent suivre l'évolution pour se prémunir contre des attaques de « prédateurs » (*supra*, n° 651) ³.

Les conditions dans lesquelles doivent être appréciés les franchissements de seuils ont été profondément modifiées par les lois des 2 août 1989 et 26 juillet 2005 qui ont tenu compte des très nombreuses hypothèses de dissociation entre action et droit de vote.

Afin de permettre aux actionnaires de connaître le nombre total des droits de vote (dénominateur), ce qui n'est pas toujours facile, étant donné l'existence de titres qui peuvent donner droit à tout moment à une action ou à un droit de vote, et d'apprécier s'ils ont ou non franchi un seuil de participation, les sociétés doivent dans les quinze jours qui suivent l'assemblée générale annuelle informer leurs actionnaires du nombre total de droits de vote existant à cette date (art. L. 233-8, I ; R. 233-2).

Dans la mesure où, entre deux assemblées générales ordinaires, le nombre des droits de vote a varié de 5 % (art. A. 233-1), par rapport au nombre déclaré antérieurement, la société lorsqu'elle en a connaissance doit informer ses actionnaires ainsi que l'AMF du nouveau nombre à prendre en compte (id.). En outre, la société doit publier chaque mois le nombre total de droits de vote et le nombre d'actions composant son capital, s'ils ont varié par rapport à ceux publiés antérieurement, dans des conditions et selon des modalités fixées par le règlement général de l'AMF (art. L. 233-8, II).

Pour déterminer si le *seuil de participation* à partir duquel naît l'obligation d'information est atteint, il convient de tenir compte pour le calcul du numérateur (art. L. 233-9) non seulement des actions ou des droits de vote que la personne physique ou morale tenue à l'information détient directement dans la société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, mais aussi :

1. Sur la sanction du défaut de déclaration, cf. art. L. 233-14 al. 3.
2. Sur le régime de déclaration des franchissements de seuil statutaires, cf. *Rev. de l'AMF*, déc. 2004.
3. Rapp. l'utilisation des titres au porteur identifiable, art. L. 228-2, modifié par loi NRE, *supra*, n° 286.

FRANCHISSEMENTS DE SEUIL BOUYGUES

Consécutivement à la fin de l'action de concert entre les sociétés financières du Loch et SCDM, à la cession d'actions Bouygues par la Financière du Loch et à l'action de concert nouée entre le Groupe Artémis et la SCDM :

- La Financière du Loch a franchi en baisse, le 27 novembre, le seuil de 20 % du capital et des droits de vote.
- Le Groupe Bolloré détenait à cette date 3 288 680 actions dont 3 288 660 détenues par Financière du Loch – et autant de droits de vote, soit 12,58 % du capital et 10,16 % des droits de vote. SCDM a franchi en baisse le seuil de 20 % du capital et détenait à cette même date 14,61 % du capital et 22,61 % des droits de vote.
- Le 30 novembre, Financière du Loch a franchi en baisse les seuils de 10 % et 5 % du capital et des droits de vote et détenait 0,056 % du capital et 0,046 % des droits de vote.
- Le 4 décembre, Artémis par l'intermédiaire de deux filiales Tennessee et Amark SNC et SCDM, agissant de concert, ont franchi en hausse les seuils de 5 %, 10 % et 20 % du capital et des droits de vote et détenaient à cette date 30,48 % du capital et 30,75 % du nouveau nombre total de droits de vote (29 454 078). Tennessee en détient respectivement 12,64 % et 11,24 %, Amark SNC 3,23 % et 2,87 % et SCDM 14,61 % et 16,64 %. À titre individuel, cette dernière a franchi en baisse le seuil de 20 % des droits de vote par mise au porteur d'actions détenues antérieurement sous forme nominative.

Avis du CMF du 8 décembre 1998

DÉCLARATIONS D'INTENTION BOUYGUES

Artémis, par l'intermédiaire de Tennessee et d'Amark SNC, et SCDM qui détiennent de concert 30,48 % du capital et 30,75 % des droits de vote précisent qu'aux termes d'un pacte d'actionnaires conclu le 4 décembre pour une durée de 3 ans, elles entendent conduire une politique concertée des affaires de la société et se concerter préalablement à l'adoption de toutes décisions de nature à modifier de façon significative et durable la stratégie, la structure juridique et les moyens financiers de la société et de ses filiales importantes. À cet effet, Artémis disposera de 3 sièges d'administrateurs au conseil. Enfin, les parties se sont engagées à approuver toutes les résolutions présentées par le conseil d'administration au vote des assemblées générales de la société.

À la date de signature du pacte, Artémis détient 15,87 % du capital et 14,12 % des droits de vote et SCDM, 14,61 % du capital et 16,64 % des droits de vote. Elles n'excluent pas de réaliser des opérations d'achat ou de cessions de titres mais sont toutefois convenues de plafonner leur participation en capital dans la société, de sorte que celle de SCDM n'excède pas 17,5 % du capital et celle d'Artémis 15,5 % et que le total des actions ou des droits de vote détenus par les parties, agissant de concert, n'atteigne pas le seuil du 1/3 du capital ou des droits de vote.

Les parties ont accepté de restreindre, pour une période de 2 ans, leur faculté de céder leurs titres et se sont consenti un droit de préemption réciproque.

Avis du CMF du 8 décembre 1998

- des actions ou des droits de vote possédés par d'autres pour le compte de cette personne (compte géré, prête-nom, portage, *trust*) ;
- des actions ou des droits de vote possédés par les sociétés que contrôle cette personne au sens de l'article L. 233-3 ;
- des actions ou des droits de vote possédés par un tiers avec qui cette personne agit de concert (*infra*, n° 660-1) ;
- des actions ou droits de vote que cette personne et les autres personnes visées ci-dessus sont en droit d'acquérir à leur seule initiative en vertu d'un accord (promesses de vente, contrats optionnels) ¹.
- des actions dont cette personne à l'usufruit ;
- des actions ou des droits de vote possédés par un tiers avec lequel cette personne a conclu un accord de cession temporaire portant sur ces actions ou droits de vote ;
- des actions déposées auprès de cette personne ;
- des droits de vote que cette personne peut exercer librement en vertu d'une procuration.

Quant à son contenu, la déclaration requise doit préciser (art. L. 233-7, I, al. 3) le nombre total d'actions détenues par l'intéressé ainsi que le nombre de titres qu'elle possède donnant accès à terme au capital ainsi que les droits de vote qui y sont attachés.

La prise en compte du capital et des droits de vote potentiels de l'intéressé ne concerne que le contenu de la déclaration. Elle ne concerne pas les franchissements de seuils proprement dits qui, eux, sont appréciés uniquement en fonction des droits de vote existants ².

En cas de manquement à l'obligation de déclaration des franchissements de seuils, les actions qui excèdent la fraction qui aurait dû être déclarée sont **privées du droit de vote** tant que la situation n'a pas été régularisée et jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de cette régularisation (art. L. 233-14, al. 1) ³.

1. Sur ces options d'achat ou de vente, cf. G. Ripert et R. Roblot, T. II, n° 1909.

2. V. les modifications apportées au règlement général de l'AMF par l'arrêté du 18 mars 2008, BRDA n° 7-2008, p. 15.

3. Th. Bonneau, *Franchissement de seuils, privation des droits de vote et ayant-cause in Mélanges P. Didier, Economica* 2008, p. 25 ; Com. 26 mars 2008 (*aff. Hyparho*) Bull. Joly 2008, p. 489, n° 106, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 2008, p. 834, H. Le Nabasque (fusion). Sur l'impossibilité de régularisation par déclaration d'un seuil plus élevé, Com. 10 mai 2006, *D.* 2006, p. 1457, A. Lienhard ; Bull. Joly 2006, p. 1142, n° 237, J. J. Daigre. La sanction ne concerne pas non plus les hypothèses de franchissements de seuil à la baisse. En cas d'obligation statutaire de déclaration de franchissement de seuil, l'actionnaire défaillant ne peut être privé du droit de vote qu'à deux conditions. Les statuts doivent avoir expressément prévu la possibilité de mise en œuvre de la sanction. Et il faut que celle-ci ait fait l'objet d'une demande, consignée dans le procès-verbal de l'assemblée générale, d'un ou plusieurs actionnaires détenant une fraction du capital ou des droits de vote au moins égale à la plus petite fraction du capital dont la détention doit être déclarée, sans que cette fraction puisse être supérieure à 5 % (art. L. 233-7, VI). Cf. TGI Strasbourg 29 mai 1997 (*aff. Strafor*) Bull. Joly 1997, p. 771, n° 285, N. Rontchevsky ; JCP E 1997, I, 676, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain.

La question se pose de savoir si le bureau de l'assemblée générale peut priver de leurs droits de vote les actionnaires qui n'auraient pas déclaré une action de concert que ledit bureau estime constitué ¹.

En outre, le tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège peut, sur demande du président de la société, d'un actionnaire ou de l'AMF, prononcer la **suspension de tout ou partie des droits de vote** (et pas seulement de la fraction excédant le seuil non déclaré) de l'actionnaire qui n'aurait pas déclaré un franchissement de seuil, pour une durée ne pouvant excéder cinq ans (art. L. 233-14, al. 4) ². Des **amendes pénales** sont également applicables, après avis de l'AMF (art. L. 247-2, I et V) ³.

660-1 Action de concert ⁴ ◇ L'action de concert est devenue, avec la loi du 2 août 1989, une notion importante du droit des sociétés cotées. Elle tend à éviter les changements de contrôle occultes opérés par des ramassages concertés en bourse (*supra*, n° 648). Elle intervient également à propos des franchissements de seuils (*supra*, n° 660) ; elle est à l'origine des déclenchements d'OPA (*supra*, n° 650) ⁵ et de la procédure de garantie de cours en cas de cession de bloc de contrôle (*supra*, n° 653) ⁶.

1. T. com. Nanterre, ord. réf., (*aff. Eiffage*) 1^{er} juin 2007, BRDA n° 12-2007, p. 2 ; RTD com. 2007, p. 779, P. Le Cannu et B. Dondero ; confirmé en appel par Versailles 27 juin 2007, Bull. Joly 2007, p. 1192, n° 318, M. Storck ; RTD com. 2007, p. 796, N. Rontchevsky ; Dr. Sociétés 2007, p. 8, H. Hovasse. V. cependant, sur les limites aux pouvoirs du bureau, T. com. Nanterre 6 mai 2008, Rev. sociétés 2008, p. 842, Y. Paclot ; B. Fages et C. Perchet, Rev. Lamy Dr. affaires juillet-août 2008, n° 29, p. 10.

2. T. com. Nîmes 6 mars 1992 (*aff. Perrier*) Bull. Joly 1992, p. 536, n° 173, P. Le Cannu ; RJ com. 1992, p. 205, A. Couret. Comp. T. com. Nanterre 29 nov. 1991, JCP E 1992, I, 120, n° 4, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Versailles 9 avr. 1992 (*aff. CSEE*) Bull. Joly 1992, p. 631, n° 208, P. Le Cannu (suspension automatique et facultative) ; T. corr. Paris 30 juin 1992, Joly Bourse 1-1993, p. 37, P. Le Cannu ; JCP E 1992, I, 172, A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 1993, p. 113, Y. Reinhard, confirmé par Paris 15 mars 1993, Rev. dr. bancaire 1993, p. 170, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; Ph. Rinciaux, RJDA 1993, p. 321 (franchissement à la baisse ; déclaration à la charge du dirigeant social) ; Paris 10 juin 2009, *aff. Gecina* (pouvoirs du juge des référés ; désignation d'un mandataire ad hoc).

3. Les sanctions pénales sont rarement appliquées (*supra*, n° 648). V. cependant Crim. 30 mai 1996, Rev. sociétés 1997, p. 145, B. Bouloc.

4. Sur l'origine du concept, et en particulier l'influence de la directive du 12 déc. 1988, art. 7, sa définition et les notions voisines, cf. A. Viandier, n° 85 à 93. Adde, D. Schmidt et C. Baj, *Réflexions sur la notion d'action de concert*, Rev. dr. bancaire 1991, p. 86 ; *Réflexions sur les effets de l'action de concert*, id. p. 182 ; *Récentes évolutions de l'action de concert* ; Rev. dr. bancaire 1992, p. 184 ; *Conséquence de la fin d'une action de concert*, Rev. dr. bancaire 35-1993, p. 29 ; P. Le Cannu, *L'action de concert*, Rev. sociétés 1991, p. 675 ; D. Martin et A. Viandier, *Lexique de l'action de concert*, RJDA 4-1992, p. 239 ; bibliographie thématique in Rev. sociétés 1991, p. 647 ; A. Couret, *L'action de concert dans l'actualité de l'année 1998*, in *Mélanges AEDBF-France* 1999, p. 133 ; Ch. Goyet, *Le critère de l'action de concert selon D. Schmidt : éléments de discussion*, in *Mélanges D. Schmidt*, Joly 2005, p. 293.

5. Paris 13 sept. 2005 (*aff. Hyparho*) Bull. Joly 2005, p. 1380, n° 301, D. Schmidt et M. Delespaul ; RTD com. 2005, p. 799, N. Rontchevsky. Adde décision AMF 26 juin 2007 in affaire *Sacyr-Eiffage*.

6. Pour le *juge fiscal*, l'action de concert est également susceptible d'avoir des conséquences sur le dispositif de réintégration des charges financières prévu par « l'amendement Charasse »,

Depuis les lois NRE (15 mai 2001) et Murcef (11 déc. 2001), l'action de concert est définie dans l'article L. 233-10 alinéa 1^{er}, qui dispose : « *sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique [commune] vis-à-vis de la société* »¹.

L'accord doit donc avoir pour objectif l'acquisition, la cession ou l'exercice des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société. Ces critères, qui sont d'interprétation délicate, ont donné lieu à de nombreux avis de la SBF puis du CMF².

Cet accord, n'étant soumis à aucune condition de forme, n'est pas nécessairement écrit³, ce qui en rend la preuve très difficile.

Dans l'affaire *Eiffage-Sacyr*, la cour d'appel de Paris⁴, après avoir rappelé que l'article L. 233-10 n'exige pas que l'accord résulte d'un écrit, ni qu'il revête un caractère contraignant, a approuvé l'AMF d'avoir retenu à partir des éléments de fait relevés que les acquisitions successives d'actions d'*Eiffage* par Sacyr et par six autres sociétés « *ont procédé non d'un simple parallélisme de comportements, mais d'une démarche collective organisée tendant à la poursuite d'une finalité commune consistant à se grouper pour apparaître en force afin d'imposer ensemble, par surprise, lors de l'assemblée générale extraordinaire d'Eiffage du 18 avril 2007, une recomposition à leur avantage du conseil d'administration leur permettant ensuite de réaliser le rapprochement entre les deux sociétés ; eu égard au caractère subreptice de ces manœuvres, qui méconnaissaient notamment les obligations d'information sur les prises de participations rappelées à l'article L. 451-2 du code monétaire et financier, c'est à bon droit que l'AMF a estimé que le projet d'offre publique d'échange présentée par Sacyr dans ces conditions ne respectait pas les principes de transparence et de loyauté visés par l'article 231-3 de son règlement et ne pouvait dès lors être déclaré conforme aux dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables* ».

Pour tenter de pallier la difficulté, le législateur a eu recours à une série de présomptions simples.

L'article L. 233-10-II présume l'existence d'une action de concert dans cinq hypothèses :

applicable au sein des groupes intégrés (*infra* n° 666-3) : CAA Bordeaux, 28 déc. 2006, *Sté Agri Médoc Services*, *RJF* 6/07, n° 669.

1. Sur la genèse du texte et la réforme apportée par la loi Murcef ayant consisté à déplacer une virgule, cf. A. Viandier, in *Sociétés et loi NRE, Dossiers pratiques Francis Lefebvre*, 2001, n° 472 ; D. Schmidt, *JCP E* 2002, n° 72 ; Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2002, p. 316. F. Auckenthaler, *Petites Affiches* 8 nov. 2002.

2. Cf. A. Viandier, OPA, OPE, préc. n° 1410 s. *Adde*, Paris 19 mars 2002, *JCP E* 2002, p. 1100, n° 998, A. Viandier.

3. Communiqué CBV 13 juin 1991 (aff. *Delmas-Vieljeux*) *Rev. dr. bancaire* 1991, p. 234, M. Jeantin et A. Viandier.

4. Paris 2 avril 2008, *D.* 2008, p. 1057, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2008, p. 411, n° 89, H. Le Nabasque ; *JCP E* 2008, 1828, Y. Paclot ; *Rev. sociétés* 2008, p. 394, P. Le Cannu ; *RTD com.* 2008, p. 377, N. Rontchevsky ; p. 390, Ch. Goyet. Rappr. sur un accord de séparation reconnu comme constitutif d'une action de concert, Paris 24 juin 2008 (aff. *Gecina*) *Rev. sociétés* 2008, p. 644, F. Martin-Laprade ; *Bull. Joly* 2009, p. 135, n° 30, H. Le Nabasque.

- entre une société et ses dirigeants, limitativement énumérés par le texte (président du conseil d'administration, directeurs généraux, membres du directoire, gérants) ;
- entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 (contrôle vertical) ;
- entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes (contrôle horizontal) ;
- entre les associés d'une SAS à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle ;
- entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant.

Les conséquences attachées à l'action de concert sont importantes dans la mesure où les personnes agissant de concert sont tenues solidairement aux obligations qui leur sont faites par la loi et les règlements (art. L. 233-10 III) ¹. L'extension du champ d'application de l'action de concert et le flou qui entoure la notion de « *politique commune* », bien que le législateur ait omis de replacer l'adjectif dans le texte, rendent ce concept très incertain ², ce qui est particulièrement regrettable.

660-2 Publicité des pactes d'actionnaires ³ ◇ Sans se prononcer sur la validité des pactes d'actionnaires ⁴, la loi du 2 août 1989 avait organisé la publicité de certains pactes d'actionnaires afin d'avoir une bonne connaissance de la répartition actuelle et potentielle du capital de la société ⁵.

La loi NRE, très attachée à la transparence, a précisé le contenu de l'obligation de publicité, qui va désormais au-delà des seuls pactes conclus entre actionnaires. Également soucieuse d'efficacité, elle a édicté des sanctions. L'article L. 233-11, al. 1 et 2 prévoit que toute clause d'une convention, passée entre actionnaires, futurs actionnaires, tiers, prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions doit être

1. Paris 20 févr. 1998, *RTD com.* 1998, p. 379, N. Rontchevsky ; Com. 4 juill. 1995 (aff. Hubert) *Rev. sociétés* 1995, p. 718, P. Le Cannu ; *JCP E* 1995, II, 744, H. Hovasse ; P. Le Cannu et H. Brandford Griffith, *SAS et action de concert*, *Joly Bourse* 1994, p. 235, n° 40.

2. D. Chauvaux, *La notion de contrôle conjoint*, *RJDA* 2005, p. 3 (à propos de CE 20 oct. 2004, aff. TF1). V. par ex. sur les difficultés liées à la notion de fin d'action de concert, Décision CMF 13 nov. 1998 (aff. Bolloré-Bouygues), *JCP E* 1999, p. 660 et 1429, J.-J. Daigre ; S. Robineau, *Dr. sociétés* mars 1999, p. 8 ; D. aff. 1999, p. 178, M. Boizard ; *Rev. dr. bancaire* 1998, p. 229, M. Germain et M.A. Frison-Roche ; *RTD com.* 1999, p. 155, N. Rontchevsky.

3. V. bibliographie sur les pactes d'actionnaires, *supra*, n° 58 ; *adde* D. Martin et L. Faugérolas, *Les pactes d'actionnaires*, *JCP G* 1989, I, 3412 ; éd. E 1989, II, 15526 ; P. Bézard, *Connaissance de l'actionnariat*, *RJ com.* nov. 1990, p. 38 s. ; J.-P. Storck, *La validité des conventions extra-statutaires*, D. 1989, chron. 267 ; J. Bonnard, *L'influence des principes généraux du droit des contrats en matière de pactes d'associés*, in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 139 ; Com. 7 mars 1989, *Rev. dr. bancaire* 1989, p. 175, M. Jeantin et A. Viandier ; D. 1989, p. 231, concl. M. Jéol.

4. V. dans l'affaire Holophane, Comité de surveillance des offres publiques 10 juin 1988, *JCP E* 1988, II, 15292, n° 18 ; *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 174, M. Jeantin et A. Viandier.

5. Rappr. art. 231-5 AMF.



ARNO. CALOR. ROWENTA. SEB. TEFAL

RENOUVELLEMENT ET ÉVOLUTION DU PACTE D'ACTIONNAIRES

Le 7 novembre 1992, des actionnaires familiaux du Groupe SEB renouvelaient par anticipation et jusqu'au 7 novembre 1999 le pacte de préemption et de concert les liant depuis le 26 mai 1989 (avis du C.B.V. n° 93-2717).

En vue d'assurer la continuité du contrôle familial, et anticipant l'échéance du pacte d'actionnaires du 7 novembre 1999, les actionnaires du groupe familial ont décidé :

1. de renouveler dès à présent, pour une durée de six années à compter de la date d'échéance du pacte, soit jusqu'au 7 novembre 2005, le pacte d'actionnaires les liant ;
2. de réorganiser l'actionnariat familial de référence en permettant de substituer à terme une nouvelle société, ACTIREF, aux deux holdings familiales (MANOIR INVESTISSEMENTS et FIDELES) qui détiennent chacune environ 13% des droits de vote de SEB S.A.

Compte tenu de la multiplication du nombre d'actionnaires individuels, notamment par suite de successions et de donations, et de la diversité de situation de ces actionnaires, il a été retenu une solution plus souple que celle des holdings détenant des actions SEB S.A. en pleine propriété, la société ACTIREF ayant vocation à recevoir l'usufruit d'actions de SEB S.A. et des holdings familiales existantes.

Du fait de la constitution (en cours) d'ACTIREF et des apports à cette société prévus en 1998, le pourcentage des droits de vote détenus par le groupe familial, soit actuellement environ 62,7 % (dont 51,9% faisant l'objet du pacte d'actionnaires), ne variera pas et leur répartition - sur la base des estimations actuelles - serait la suivante :

	A.G.O.	A.G.E.
• Actiref, directement et indirectement	34,0%	13,6%
• Personnes physiques en direct	28,7%	49,1%
Total groupe familial	62,7%	62,7%

Dans le cadre de cette réorganisation, il est prévu la fusion-absorption, selon une parité déterminée par transparence, des deux holdings familiales qui détiennent quasi exclusivement des actions SEB S.A. en pleine propriété. L'absorption de l'une des holdings familiales (MANOIR INVESTISSEMENTS) par SEB S.A. sera soumise à l'approbation de l'assemblée générale extraordinaire de SEB S.A. en 1998, l'absorption de l'autre holding familiale (FIDELES) étant prévue à plus long terme.

Cette prorogation de la durée du pacte et cette réorganisation de l'actionnariat familial confirment la volonté d'assurer la pérennité de la stratégie de développement à long terme du Groupe, tout en apportant une plus grande souplesse mieux adaptée à la diversité de la situation des actionnaires.

Ce projet de réorganisation n'affecte pas l'action de concert entre le groupe familial et les investisseurs institutionnels qui ont conclu en date du 25 août 1993 un pacte avec les actionnaires familiaux jusqu'au 7 novembre 1999 et qui détiennent à ce jour 0,9% des droits de vote.

3615 Information *SEB - Ecofil : 3615 COB. Site Internet : <http://www.groupeseb.com>

transmise dans un délai de cinq jours à la société et à l'AMF qui en assure la publicité. L'autorité de régulation doit être également informée de la date à laquelle la clause prend fin et elle assure la publicité de cette information.

Le texte nouveau vise « toute clause » et non plus « toute convention », ce qui est beaucoup plus large. La publicité concerne donc un droit de préemption ou de préférence, une option d'achat ou de vente, un engagement d'apport à une offre publique ultérieure... ¹.

À défaut de transmission, le texte précise désormais que les effets de cette clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements en période d'offre publique (al. 1 *in fine*).

660-3 Autres mesures d'information ◇ Afin de faciliter l'application de la réglementation sur l'autocontrôle (*infra*, n° 663), le législateur (L. 12 juillet 1985) a imposé aux sociétés contrôlées directement ou indirectement par une société par actions de notifier à cette dernière et à chacune des sociétés participant à ce contrôle le montant des participations qu'elle détient directement ou indirectement dans leur capital respectif, ainsi que les variations de ce montant.

Les **notifications** sont faites dans le délai d'un mois à compter soit du jour où la prise de contrôle a été connue de la société pour les titres qu'elle détenait avant cette date, soit du jour de l'opération pour les acquisitions ou aliénations ultérieures (art. L. 233-12).

L'inobservation de ces dispositions est sanctionnée pénalement (*cf.* art. L. 247-2-II et IV).

Une dernière série de mesures précise le contenu des **rapports annuels destinés à l'information des associés**.

– Le *rapport de gestion* présenté par les dirigeants à l'assemblée annuelle doit mentionner toute prise de participation intervenue au cours d'un exercice et représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers ou de la moitié du capital d'une autre société ayant son siège sur le territoire français ainsi que toute prise de contrôle d'une telle société (art. L. 233-6, al. 1). Les dirigeants doivent également rendre compte dans leur rapport de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, des filiales de la société et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité (art. L. 233-6, al. 2).

Le rapport doit aussi informer les associés des aliénations d'actions effectuées en vue de mettre fin aux participations croisées illicites (*cf.* art. R. 233-19). Et, en fonction des informations reçues en application des articles L. 233-7 et L. 233-12 (*supra*, n° 660), le rapport doit mentionner l'identité des personnes détenant les participations significatives, faire apparaître les modifications intervenues au cours de l'exercice et indiquer le nom des sociétés contrôlées et la part du capital de la société qu'elles détiennent (art. L. 233-13) ².

– Le *rapport des commissaires aux comptes* doit mentionner les prises de participation significatives, les prises de contrôle et, s'il s'agit d'une société par actions, les

1. *Cf.* Y. Reinhard, *RTD com.* 1992, p. 832 et 834 (position des autorités de marché).

2. *Cf.* R.M. JO déb. Sénat 18 déc. 1986, p. 1761, *Rev. sociétés* 1987, 326.

renseignements relatifs à la répartition du capital social et à l'auto-contrôle (cf. art. L. 233-6 al. 1, L. 233-13 ; R. 233-19).

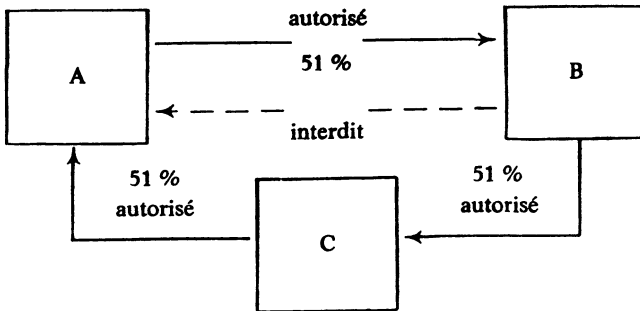
– Les dirigeants doivent également annexer au bilan un *tableau* faisant apparaître la situation des filiales et des participations (art. L. 233-15).

L'inobservation de toutes ces règles est **sanctionnée pénalement**. Des peines d'amende et de prison peuvent être prononcées à l'égard des dirigeants et des commissaires aux comptes (cf. art. L. 247-1).

B. Les participations réciproques (croisées)

661 Dangers ◇ Les participations réciproques (ou croisées) présentent un double danger. D'une part, elles aboutissent à rendre partiellement, voire totalement, fictif l'actif des sociétés imbriquées dans la mesure où chaque associé se trouve indirectement propriétaire de ses propres parts ou actions. D'autre part, il peut se produire un « verrouillage » de la société : lorsque chacune des sociétés détient le contrôle de l'autre, les dirigeants deviennent pratiquement irrévocables, et toute tentative d'offre publique d'achat ou d'échange qui pourrait engendrer une gestion plus dynamique (*supra*, n° 649) est vouée à l'échec. Cet **autocontrôle** est donc extrêmement nocif ¹.

La loi de 1966 a réglementé les participations réciproques entre deux sociétés dont l'une au moins est une société par actions. Mais cette réglementation pouvait être facilement tournée grâce à des participations circulaires, des « boucles d'autocontrôle », comme l'illustre le schéma ci-après ² :



1. V. Bull. COB avr. 1975, n° 70, p. 3 (aff. *Saint-Gobain – Suez – Pont-à-Mousson – Banque de l'Indochine*). Sur l'interdiction faite, en cours d'OPA, de céder à des tiers des actions d'autocontrôle, T. com. Paris 11 et 30 août 1989 (aff. *Suez/Cie Industrielle*), JCP E 1990, II, 15677, n° 17, A. Viandier et J.-J. Caussain. Rapp. Com. 21 sept. 2004 (Taïttinger) Bull. Joly 2004, p. 1480, n° 295, B. Dondero.

2. Extrait du rapport du sénateur E. Dailly, au nom de la Commission des lois sur le projet de loi relatif aux participations détenues dans les sociétés par actions (n° 286, p. 12, annexe au procès-verbal de la séance du 15 mai 1985), devenu loi du 12 juill. 1985. Cf. D. Vidal, *La directive communautaire du 23 nov. 1992 relative à la réglementation de l'autocontrôle résultant de participations circulaires*, *Petites Affiches* 27 janv. 1993, p. 21.

C'est pourquoi la loi du 12 juillet 1985 a complété le dispositif de 1966 en venant limiter les effets néfastes de l'autocontrôle, sans cependant l'interdire¹. Mais la loi du 2 août 1989, est allée plus loin, sur proposition du sénateur Dailly, en supprimant le droit de vote attaché aux actions d'autocontrôle.

662 Réglementation des participations réciproques directes ◇ S'agissant des participations *entre sociétés par actions*, une société (X) ne peut posséder d'actions d'une autre société (Y), si Y détient une fraction du capital de X supérieure à dix pour cent (art. L. 233-29, al. 1). C'est dire que les participations réciproques sont admises si aucune des deux sociétés ne détient plus de 10 % du capital de l'autre. La réglementation est *mise en œuvre* de la façon suivante² :

La société qui vient à détenir plus de dix pour cent du capital d'une autre société doit en informer cette dernière dans le délai de quinze jours à compter du franchissement de ce seuil (art. L. 233-7, al. 1). Si les deux sociétés tombent sous l'interdiction de l'article L. 233-29, al. 1, elles doivent régulariser leur situation. À défaut d'accord entre elles, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement. Si les investissements réciproques sont de même importance, chacune des sociétés doit réduire le sien, de telle sorte qu'il n'excède pas 10 % du capital de l'autre (art. L. 233-29, al. 2). Lorsqu'une société est tenue d'aliéner les actions d'une autre société, cette aliénation doit être effectuée dans le délai d'un an à compter de la notification qui lui a été faite de la prise de participation dans son capital (art. L. 233-29, al. 3 ; R. 233-17) et portée à la connaissance des actionnaires (art. R. 233-19). Jusqu'à cette aliénation, la société ne peut exercer les droits de vote attachés à ces actions (art. L. 233-29, al. 3).

La violation de ces dispositions entraîne l'application de sanctions pénales à l'encontre des dirigeants (art. L. 247-3)³.

Sont également réglementées les participations réciproques entre une société par actions et une société autre que par actions⁴. Deux situations doivent être distinguées (art. L. 233-30) :

1) La société par actions (X) détient plus de 10 % du capital de l'autre société (Y). En ce cas, la société Y ne peut posséder aucune action de la société X (art. L. 233-30 al. 1 C. com.). Si elle vient à en posséder, elle doit les aliéner dans le délai d'un an et ne peut, de leur chef, exercer le droit de vote (art. L. 233-30, al. 2 ; R. 233-18).

1. Sur les systèmes plus contraignants appliqués aux USA, en Grande-Bretagne et en Allemagne, cf. rapport Dailly, p. 17.

2. La réglementation n'est applicable que si les sociétés intéressées ont leur siège social en France (*Mémento Lefebvre*, n° 25604).

3. La prohibition des participations réciproques (art. L. 233-29) n'emporte pas une interdiction d'acquérir qui serait sanctionnée par la nullité, Com. 3 janv. 1996, *JCP E* 1996, II, 808, H. Hovasse ; *Bull. Joly* 1996, p. 285, n° 97, A.C.

4. La société « autre qu'une société par actions » est toute société, quels que soient sa forme et son objet, R.M. JO déb. AN 1^{er} nov. 1974, p. 5737 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 184.

2) La société par actions (X) détient une fraction égale ou inférieure à 10 % du capital de l'autre société (Y). En ce cas, la société Y ne peut posséder une fraction supérieure à 10 % des actions émises par la société X (art. L. 233-30, al. 3). Si elle vient à en posséder une fraction plus importante, elle doit aliéner l'excédent dans le délai d'un an et elle ne peut, du chef de cet excédent, exercer le droit de vote (art. L. 233-30, al. 4 ; R. 233-18 s.).

663 Réglementation de l'autocontrôle ¹ ◇ Il y a autocontrôle lorsqu'une société assure son propre contrôle par l'intermédiaire d'une ou plusieurs autres sociétés dont elle détient, directement ou indirectement, en droit ou en fait, le contrôle (*cf. supra*, n° 643). Les actions détenues par les sociétés contrôlées dans la société-mère sont dites actions d'autocontrôle.

Afin d'empêcher le « verrouillage » (*supra*, n° 661) le législateur a décidé de neutraliser totalement les actions d'autocontrôle : lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédés par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société ² ; il n'en est donc pas tenu compte pour le calcul du quorum (art. L. 233-31) ³.

Une société peut donc parfaitement conserver ses actions d'autocontrôle, sous réserve de respecter les conditions des articles L. 225-206 et suivants ⁴. L'intérêt est faible ; il peut être cependant d'abaisser le seuil de contrôle ⁵.

Le plus souvent, les sociétés ont « recyclé » leurs actions d'auto-contrôle en les utilisant comme monnaie d'échange pour payer une participation (*Alcatel* réalisant un échange de participation avec *Fiat*), pour servir de base à une OPE (la *Compagnie bancaire* lançant une OPE sur sa filiale *UCB*) ⁶ ou encore dans le cadre d'octroi de stock-options ou de l'actionnariat des salariés.

1. *Cf.* bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1991, p. 850 ; S. Robineau, *L'auto-contrôle*, Thèse dactyl. Le Mans, 1998 ; A. Couret, *La mise en œuvre des nouvelles dispositions sur l'autocontrôle*, *Bull. Joly* 1991, p. 789, n° 284 ; F.D. Poitral, *Autocontrôle, Les nouvelles règles du jeu*, *Banque* 1990, p. 908 et 1048.

2. T. com. Nancy 23 déc. 2008 (aff. *L'Est Républicain*) *Rev. sociétés* 2009, p. 385, F. Martin-Laprade. Les autres droits attachés aux actions d'autocontrôle ne sont pas atteints : droit de souscription, droit d'attribution.

3. Pour des exemples pratiques, *cf. Mémento Lefebvre* n°s 25613 s. ; concernant les incidences de la suppression des droits de vote sur les déclarations de franchissements de seuils, *cf. Avis* du CBV du 25 juin 1991, *Rev. dr. bancaire* 1991, p. 233, M. Jeantin et A. Viandier. Sur la cession d'actions d'autocontrôle en cours d'OPA, *cf. T. com.* Paris 16 mars 1992 (aff. *Perrier*), *Bull. Joly* 1992, p. 526, n° 172, M. Jeantin ; *RJ com.* 1992, p. 205, A. Couret ; *rappr.* Paris 15 mars 2000 (aff. *Groupe André*) *JCP E* 2000, p. 1046, A. Viandier ; *Bull. Joly* 2000, p. 625, n° 142, A. Couret ; *D. aff.* 2000, p. 303, M. Boizard ; *RTD com.* 2000, p. 674, J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; p. 694, Ch. Goyet (la décision de cession n'est pas en soi contraire à l'intérêt social). *Addé*, Th. Bonneau, *Autocontrôle, plancher et plafonds en matière d'OPA*, *Rev. dr. bancaire* 2000, p. 281.

4. Sur le statut des actions d'autocontrôle acquises à la suite d'un apport partiel d'actif et l'application de l'article L. 225-213 ; *cf. T. com.* Paris (ord. réf.) 21 juin 1988 (aff. *Generali/Cie du Midi*), *Rev. sociétés* 1989, 647, M. Jeantin.

5. *Cf.* A. Viandier, art. préc. *JCP* 1989, I, n° 128 ; *Petites Affiches* 4 oct. 1991, p. 18.

6. V. sur la contestation par des minoritaires de l'utilisation d'actions d'autocontrôle, Paris 3 mai 2002 (aff. *Taittinger*), *JCP E* 2002, p. 1555, n° 1403.

Les présidents, administrateurs, membres du directoire, directeurs généraux ou gérants qui, sciemment, contreviendraient à ces dispositions s'exposeraient à une amende de 18 000 € (art. L. 247-3). Si la société concernée fait publiquement appel à l'épargne, les poursuites pénales ne peuvent être engagées qu'après que l'avis de l'AMF a été demandé (al. 2).

Une décision adoptée en assemblée générale en violation des dispositions sur l'autocontrôle pourrait-elle être annulée ? L'article L. 233-31 ne prévoit pas la nullité. Mais ce texte étant impératif, sa violation provoque la nullité de la délibération irrégulièrement adoptée, s'il s'agit d'une décision ne modifiant pas les statuts (art. L. 235-1, al. 2). En revanche, si cette décision modifie les statuts, elle ne pourra être annulée qu'en cas de fraude (art. L. 235-1, al. 1).

Il n'est pas sûr que cette réglementation soit très efficace dans les groupes importants où les structures sont souvent très complexes ¹ et les boucles d'autocontrôle difficiles à découvrir, sans parler des sociétés ayant leur siège à l'étranger ².

C. Consolidation des comptes

664 Principe ◇ Il a fallu attendre la loi du 3 janvier 1985, qui a intégré dans la loi de 1966 les dispositions de la 7^e directive européenne, pour que soit établie une réglementation d'ensemble des comptes consolidés (cf. également décret d'application du 17 févr. 1986) ³. La COB réclamait depuis longtemps cette réforme, seule capable de fournir aux associés, aux salariés et aux tiers une information économique et financière satisfaisante sur l'ensemble du groupe.

En effet, la *consolidation* consiste à présenter dans des comptes uniques la situation financière et les résultats d'un groupe de sociétés comme si les sociétés liées ne formaient qu'une seule entité comptable.

La *méthode de consolidation* qui doit être appliquée dépend de l'étendue du contrôle exercé par la société dominante sur les autres sociétés du groupe, la

1. L'échec de la société des *Chargeurs Réunis* dans sa tentative de prise de contrôle de *Prouvost S.A.* s'explique en grande partie par sa méconnaissance du verrouillage qui avait été organisé par le président de la société visée (1^{re} éd. de ce Précis, n° 645).

2. Cf. Y. Guyon, n° 587.

3. P. Feuillet, *La consolidation des comptes* (loi n° 85-11 du 3 janv. 1985), *Rev. sociétés* 1985, 599, et *Rev. sociétés* 1986, p. 173 (décret n° 86-221 du 17 févr. 1986) ; H.M. Tubiana, *Le nouveau droit des comptes consolidés des sociétés commerciales*, *Gaz. Pal.* 1987, I, doct. 454. Pour une étude d'ensemble, cf. *Mémento comptable Francis Lefebvre*, n°s 4600 s. *Adde*, *Bull. mensuel COB* janv. 1988, n° 210 ; *Bull. Joly* 1988, p. 39 ; directive n° 90/605 du Conseil du 8 nov. 1990 (sociétés en nom collectif et en commandite simple) *Rev. sociétés* 1991, p. 144 ; directive n° 90/604 du Conseil du 8 nov. 1990 (dérogations pour les petites et moyennes sociétés) *Rev. sociétés* 1991, p. 147 ; *JCP E* 1991, I, 67, n° 2, F. Serras ; *RTD com.* 1991, p. 732, C. Bolze ; cf. égal. D. 26 févr. 2002, modifiant art. R. 233-16 (modification des seuils).

notion de contrôle étant propre au droit comptable ¹. L'article L. 233-16 distingue trois situations :

1) le contrôle exclusif résulte soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre société, soit de la désignation pendant deux exercices successifs de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance, soit du droit d'exercer une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires ². Au contrôle exclusif correspond l'intégration globale des sociétés contrôlées.

L'intégration globale consiste à inclure dans les comptes de la société consolidante tous les éléments du patrimoine et d'exploitation des sociétés contrôlées après les retraitements et éliminations nécessaires (notamment pour les créances et dettes croisées).

2) Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une société exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord (art. L. 233-16-III). Sont ainsi visées les filiales communes et certaines sociétés en participation. Au contrôle conjoint correspond l'intégration proportionnelle des sociétés contrôlées en commun.

Avec l'intégration proportionnelle, les éléments du bilan et du compte de résultat des sociétés contrôlées sont repris dans les comptes consolidés en proportion de la part de chacune des sociétés qui se partagent le contrôle.

3) L'influence notable sur la gestion et la politique financières d'une société est présumée lorsqu'une autre société dispose directement ou indirectement d'une fraction au moins égale à 20 % des droits de vote de la première (art. L. 233-16-IV). À cette situation correspond la méthode de mise en équivalence.

La mise en équivalence consiste à substituer au coût d'acquisition des titres détenus par la société dominante la part des capitaux propres (y compris les résultats de l'exercice) qu'ils représentent dans la société sur laquelle l'influence notable est exercée.

En principe, le *périmètre de consolidation* englobe toutes les filiales et participations placées sous le contrôle direct ou indirect de la société dominante ou sur lesquelles celle-ci exerce une influence notable (cf. cependant art. L. 233-19). Les règles d'évaluation édictées pour les comptes annuels sont applicables aux comptes consolidés, qui doivent comprendre le bilan, et le compte de résultat consolidés ainsi qu'une annexe, l'ensemble formant un tout indissociable (art. L. 233-20). Les comptes consolidés doivent être réguliers et sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises

1. Comparez *supra*, n° 643.

2. Peu importe que les sociétés ne soient pas associées de ces entreprises. La loi de sécurité financière a voulu ainsi interdire les « *montages déconsolidants* » consistant à exclure des comptes consolidés les actifs à risques (cf. art. 133).

comprises dans la consolidation (art. L. 233-21, al. 1). Les dirigeants de la société dominante doivent établir un rapport sur la gestion du groupe consolidé qui peut être inclus dans le rapport annuel sur la situation et l'activité de la société dominante (situation de l'ensemble, évolution prévisible, événements importants survenus, activités en matière de recherche et de développement ; art. L. 233-26).

Les commissaires aux comptes de la société dominante, qui sont au moins deux (*supra*, n° 503), doivent certifier que les comptes consolidés sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation (cf. art. L. 225-235, al. 2 et 3). Les comptes consolidés doivent, depuis la loi NRE, être soumis à l'approbation de l'assemblée de la société consolidante (art. L. 225-100).

L'article 6 de la loi du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable prévoit, pour tenir compte des besoins liés à la mondialisation de l'économie, que les sociétés françaises dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé seront désormais dispensées de publier leurs comptes consolidés conformément aux règles comptables prévues aux articles L. 233-18 à L. 233-23, dès lors qu'elles utilisent, pour l'établissement de ces comptes, des normes internationales reconnues (cf. art. L. 233-24) ¹.

D. Financement

665 Opérations de trésorerie ² ◇ Les opérations financières entre sociétés d'un même groupe sont usuelles ³. Prêts et avances en compte courant permettent en effet une parfaite adéquation des ressources aux besoins et

1. Les sociétés françaises désirant être cotées sur les marchés étrangers ou y lever des capitaux n'auront plus à établir un double jeu de comptes consolidés. La possibilité d'avoir recours à de telles normes est subordonnée à leur adoption par le Comité de la réglementation comptable, organisme qui a pour mission d'établir les prescriptions comptables, générales et sectorielles, applicables aux entreprises françaises. Ce sont les normes de l'IASC (*International Accounting Standards Committee*), actuellement en cours de refonte, qui sont en pratique appelées à être utilisées (v. *supra*, n° 502).

2. J. Cl. Hallouin et P. Bouteiller, *Centralisation de trésorerie dans les groupes*, Actes pratiques, juill.-août 2006, p. 3.

3. Il est également fréquent que l'octroi ou le maintien d'un crédit bancaire à une filiale soit subordonné à un cautionnement par la société-mère (cf. H. Hovasse, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*, Thèse dactyl., Rennes, 1974) ; Com. 29 nov. 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 615, J.-L. Sibon ; Com. 9 déc. 1997, *Dr. sociétés* 1998, n° 47, D. Vidal (rappelant les autorisations à respecter en raison de l'indépendance juridique des sociétés). Souvent un accord est trouvé sur une « lettre de bonne fin » ou « une lettre d'intention » (appelée encore de « parrainage », de « patronage » ou de « confort »). Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant les sûretés, le Code civil qualifie expressément de sûreté personnelle la lettre d'intention (art. 2287-1) et cette dernière est définie comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier » (art. 2322). Certains en déduisent que toute lettre d'intention constitue désormais une garantie au sens de l'article L. 225-35 (*supra*, n° 397).

évitent le recours plus onéreux à des avances bancaires ¹. Les trésoreries des différentes sociétés du groupe sont donc généralement mises en commun, et la société-mère se charge du placement des fonds disponibles ou de leur redistribution aux filiales qui ont besoin d'argent.

L'activité de banque de ces **pools de trésorerie** ² a été spécialement autorisée par la loi bancaire du 24 janvier 1984 (art. L. 511-7, 3. C. mon.) : une entreprise, quelle que soit sa nature, peut procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées, un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ³. C'est une dérogation importante au monopole bancaire.

Sous l'angle du droit des sociétés, ces opérations de trésorerie doivent entrer dans l'objet de la société prêteuse ⁴ et être soumises aux procédures de contrôle des articles L. 225-38 et s. si elles concernent des sociétés anonymes de type classique, sauf à prouver qu'elles sont courantes et conclues à des conditions normales, auquel cas elles doivent désormais donner lieu, le cas échéant, aux informations prévues par la loi NRE pour ce type de convention (art. L. 225-39, *supra*, n° 400) ⁵. Ces opérations ne doivent pas non plus constituer un abus de majorité ou un abus de biens sociaux (v. *infra*, n° 669, 671).

1. D. Ohl, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, préf. M. Cabrillac, Litec 1982. A. Viandier, *Les opérations à l'intérieur du groupe, I gruppi di società*, préc., vol. III, 1996, p. 2333 ; P. Bouteiller, *Groupe de sociétés : centralisation des opérations de trésorerie*, JCP E 2001, p. 1658.

2. H. Le Diascorn, *Les aspects juridiques d'une centrale de trésorerie*, Bull. Joly 1988, p. 623 ; A. Couret, J.-L. Guillot et F. Peltier, *Les conventions de trésorerie intragroupe*, Dr. sociétés, Aspects pratiques, sept. 1992, n° 4 ; J.-P. Bertrel, *La gestion de trésorerie au sein des groupes de sociétés*, RJDA 1992, p. 539. Ces centrales bénéficiaient, sous conditions, d'un régime fiscal de faveur, non conforme aux règles communautaires sur les aides d'État, et donc rapporté en grande partie : Instr. 28 févr. 2003, BOI 4 C-2-03 ; Meier et T. Perrot, *Les aides d'État comme instrument de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale ?* Dr. fisc. 2002, n° 3, p. 136. À signaler également le régime fiscal des quartiers généraux et centres de logistique, également rapporté en grande partie (Instr. 14 août 2003, BOI 4 C-6-03).

3. J.-L. Rives-Lange et D. Ohl, *Monopole bancaire et liberté : la loi du 24 janv. 1984 permet-elle d'effectuer des opérations de banque sans être établissement de crédit ?* Banque 1985, 439 ; A. Viandier, *Les opérations financières au sein des groupes de sociétés*, JCP 1985, I, 3188 ; C. Mouly, *Les contrats bancaires dans un groupe de sociétés*, Petites Affiches 2 févr. 1994 ; C. Gavalda, *Les crédits dits intragroupes*, Rev. dr. bancaire 1991, p. 168. Cf. Rapport annuel pour 1987 du comité de la réglementation bancaire (ch. 4) in Bull. Joly 1988, p. 907. Adde bibliographie thématique, *Les flux financiers intra-groupes*, Rev. sociétés 1998, p. 223 ; Com. 10 déc. 2003, Bull. Joly 2004, p. 503, n° 96, J. M. Moulin ; Rev. sociétés 2004, p. 669, J. J. Daigre (convention entre sociétés sœurs).

4. Rappr. sur la nullité pour contrariété à son intérêt social d'une garantie souscrite sans contrepartie par une filiale au profit de sa société mère, Com. 13 nov. 2007, JCP E 2008, 1280, J. J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; RTD com. 2008, p. 167, D. Legeais ; p. 354, Cl. Champaud et D. Danet ; p. 366, P. Le Cannu et B. Dondero ; Rev. sociétés 2008, p. 113, M. Pariente ; Dr. sociétés 2008, n° 32, H. Hovasse.

5. *Prêts entre sociétés d'un même groupe*, BCNCC 1989, p. 229 ; cf. Versailles (ch. réunies) 2 avr. 2002, RJDA 2002, p. 968, n° 1150 ; RTD com. 2003, p. 111, Cl. Champaud et D. Danet (opération courante conclue à des conditions normales). Sur les problèmes fiscaux posés par les avances, abandons de créances... cf. *infra* n° 666.

E. Régime fiscal

666 Caractéristiques ◇ Il n'est pas possible d'apporter une réponse tranchée à la question de savoir si le droit fiscal favorise ou défavorise les groupes. Tout dépend des opérations envisagées. Il faut considérer au cas par cas les restructurations ¹, les opérations intra-groupe ou la simple circulation des résultats ².

Les opérations de restructuration comme la cession ou l'acquisition massive de droits sociaux ³, les fusions, scissions ou apports partiels d'actif ⁴, ne sont le plus souvent que faiblement imposées.

Pour leur part, les opérations « intragroupe » du type avances consenties entre sociétés appartenant au même groupe ne soulèvent pas de risque fiscal particulier si elles sont effectuées aux conditions du marché. Dans le cas contraire, ces avances sont considérées comme des actes anormaux de gestion, contraires à l'intérêt de la société et sont, d'une part réintégrées dans le résultat imposable de la société qui a consenti les avances, d'autre part imposables chez la société bénéficiaire ⁵. Toutefois, l'existence d'un groupe crée une certaine présomption de normalité et certaines opérations, telle une avance sans intérêt, peuvent être en conséquence jugées normales ⁶.

L'administration fiscale et le juge des impôts admettent même qu'une société ayant la qualité de société-mère ⁷ consente des subventions et des abandons de créances, déductibles sous conditions de son résultat imposable, au profit de ses

1. J.-C. Parot, *Restructuration des sociétés : les conditions de qualification de l'abus de droit dans la jurisprudence judiciaire et administrative*, Rev. sociétés 2001, p. 15 ; Compte rendu Journée d'étude Éd. JurisClasseur, mardi 15 juin 2004, Paris. *Restructuration de sociétés et abus de droit* ; Égal. supra n° 641.

2. A. Legendre, *Plaidoyer pour la reconnaissance en droit fiscal de l'existence d'une part non détachable de l'intérêt du groupe auquel elle appartient, de l'intérêt propre d'une société*, Dr. fisc. 2006, n° 11, p. 10 ; Y. Benard, *Groupes de sociétés : la jurisprudence n'a pas l'esprit de sacrifice*, RJF 6/06, chr. p. 499.

3. V. supra, n° 657.

4. V. infra, n° 679-1 et 679-2.

5. Ex. CE 21 juin 1995, SA Sofige, Dr. fisc. 1995, n° 52, comm. 2393 ; RJF 8-9/95, n° 963. Plus généralement, il peut aussi s'agir d'avantages consentis à des filiales, dont la validité est subordonnée à l'existence d'une contrepartie (CE 21 déc. 2007, SA Rouergue-Auvergne-Guévaudan-Tarnais, RJF 3/08, n° 276, Dr. fisc. 2008, n° 15, comm. 254 ; 26 mars 2008, SA Tornier, RJF 6/08, n° 639). Le caractère normal s'apprécie à la date à laquelle l'acte de gestion intervient (CE 11 avr. 2008, Sté Guy Dauphin Environnement, RJF 7/08, n° 779). Sur les conventions « de successeur » conclues « intragroupe », supra n° 4.

6. CE 22 mars 1999, SA Alphamed, Dr. fisc. 1999, n° 50-51, comm. 909 ; 26 sept. 2001, SA Rocardis, RJF 12/01, n° 1491, et 6 mars 2006, Sté Disvalor, Dr. fisc. 2007, n° 19, comm. 490 (identité d'enseigne sans lien capitalistique ; cf. en matière de TVA, CE 29 août 2008 (2 arrêts), SAS Chambry Distribution et SA Auxerdis, RJF 12/08, n° 1321 ; Dr. fisc. 2008, n° 46, comm. 573). Égal., CAA Nancy 3 avr. 2003, Compagnie Mosellane, de Stockage, RJF 8-9/03, n° 956 (filiale venant en aide à sa mère) ; CAA Douai, 26 mai 2002, Sté « 3 Suisses International », RJF 4/03, n° 414 ; Dr. fisc. 2002, n° 46, comm. 892 (convention de portage, supra n° 42) ; CE 30 mai 2007, SA Peronnet, RJF 10/07, n° 1012 ; Dr. fisc. 2007, n° 46, comm. 958 ; 30 juin 2008, Sté civile du groupe Comte, RJF 10/08, n° 1048 ; Dr. fisc. 2008, n° 42, comm. 541.

7. V. ci-après.

filiales ¹. De manière générale, il convient cependant de veiller à ce que les transactions opérées entre sociétés d'un même groupe soient réalisées au prix du marché ² et que les opérations capitalistiques nouées entre ces sociétés ne soient pas constitutives d'un abus de droit ³.

666-1 Régime des sociétés « mères » ◇ Le droit fiscal prévoit par ailleurs différents régimes de faveur afférents aux groupes ⁴ : le régime des sociétés « mères », le régime de l'intégration fiscale et le régime du bénéfice mondial et consolidé.

Le régime des sociétés « mères » s'applique, sur option, lorsqu'une société française détient au moins à la fois 5 % du capital et des droits de vote d'une autre société et que toutes deux sont soumises à l'impôt sur les sociétés, ou son équivalent en ce qui concerne les filiales étrangères (art. 145 CGI) ⁵.

1. M. Cozian, *Ibid.*, Doc. 31, p. 420 s., *Les abandons de créances*. CE 31 déc. 2008, *Sté Multimédia Finances*, RJF 4/09, n° 317 (abandon à caractère financier). La jurisprudence est beaucoup plus stricte concernant les relations entre sociétés sœurs, sauf existence d'une contrepartie particulière (CE 1^{er} mars 2004, *Sté AS Représentation*, RJF 5/04, n° 459) et sociétés « grand-mère » et « petite-fille » (CAA Paris 27 juin 2003, *Sté financière des Terres Rouges*, RJF 11/03, n° 1229 ; *Dr. fisc.* 2003, n° 52, comm. 933 ; CE 13 juin 2007, *Sté Georges Rech*, RJF 10/07, n° 1011). Cette rigueur est également affirmée s'agissant d'un groupe fiscal « intégré » (*infra* n° 666-3), CE 28 avr. 2006, *Sté SEEEE et Sté Atys France*, RJF 7/06, n°s 836 et 837 ; *cep.*, CE 10 mars 2006, *Sté Sept*, RJF 6/06, n° 678 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 21-22, comm. 414 ; ou encore CAA Paris 1^{er} oct. 2007, *Sté Radiall*, *Dr. fisc.* 2007, n° 52, comm. 1083. Pour le cas particulier de telles aides consenties à une succursale étrangère, CE 16 mai 2003, *Sté Télécoise* et à celles consenties aux succursales d'une filiale étrangère, CE 11 avr. 2008, *SA Guerlain* (*supra* n° 643).

2. M. Cozian, *Ibid.*, Doc. 29, p. 381 s., *Les transactions intra-groupe (le principe des transactions à prix normal)*. CAA Lyon 24 févr. 1999, n° 95-20105, *SA Biscottes du Helder*, RJF 6/99, n° 696 ; CAA Paris 8 juill. 1999, n° 96-3047, *Sté Générale de Transport et d'Industrie*, *Dr. fisc.* 2000, n° 16, comm. 325 ; CAA Nancy 2 mai 2002, *Michel*, RJF 11/02, n° 1290. Sur les transactions intragroupe à caractère international, v. art. 57 CGI (prix de transfert : CE 11 avr. 2008, *SA Guerlain*, *op. cit.*) ; sur les « accords de répartition des coûts » (ARC), O. Marichal et Th. Schmitt, *Accords de répartition des coûts et fiscalité internationale française*, *Dr. fisc.* 2003, n° 48, p. 1500.

3. Sur cette notion, *supra* n° 52-1. CE 23 nov. 2001, *SA Cogedac*, *Dr. fisc.* 2002, n° 13, comm. 281 ; 8 août 2002, *SA Esab France*, *Dr. sociétés* 12/02, n° 229 (interposition d'une société en participation, *supra* n° 600). Sur la question de l'assujettissement à la TVA de telles opérations, CAA Douai 26 avr. 2005, *Sté Segafredo Zanetti France*, RJF 11/05, n° 1175 (absence de lien direct).

4. Sur l'interprétation de la Directive 90/435/CEE du 23 juill. 1990 sur le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (*supra* n° 19) : CJCE 18 sept. 2003, *Bosal Holding BV* : RJF 12/03, n° 1466 (liberté d'établissement) ; CJCE 18 déc. 2007, *gr. ch.*, A, RJF 3/08, n° 378 (libre circulation des capitaux).

5. L'option résulte des seules mais nécessaires mentions adéquates portées sur les imprimés joints à la déclaration de résultats, CE 9 janv. 2008, *SARL 2 MCS*, RJF 4/08, n° 412. Sur l'exigence d'une détention des titres de participation en pleine propriété : CAA Nancy 1^{er} août 2008, *Sté Participasnh*, RJF 1/09, n° 14 ; CJCE 22 novembre 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves SA*, RJF 2/09, n° 305 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 12-13, comm. 254 (exclusion des titres détenus en simple usufruit, *supra* n° 278). L'art. 145-6-b ter CGI (Instr. 19 mars 2007, BOI 4 H-3-07, n° 25 s.) étend le bénéfice du régime de faveur aux produits provenant de titres dépourvus de droit de vote lorsque la société-mère détient également au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice (les produits des actions de préférence bénéficient ainsi du dispositif). Ce texte pose également que tous les titres concernés doivent être conservés pendant deux ans pour bénéficier du

La société « mère » est exonérée du paiement de l'impôt sur les sociétés sur les produits nets de participations qui lui sont distribués par ses filiales, sauf à hauteur d'une quote-part de frais et charges de 5 % (art. 145 et 216 CGI) ¹.

Calcul et imposition de la quote-part de frais et charges : Supposons qu'une société « mère » reçoive 5 000 € de produits nets de participation de l'une de ses filiales.

Le montant de la quote-part de frais et charges est de :

$$5\,000 \times 5\% = 250\text{ €}$$

Le montant de l'impôt dû sur cette dernière s'élève à :

$$250 \times 33,1/3\% \text{ (IS)} = 83\text{ €}^2$$

Ce régime permet ainsi d'éviter une imposition multiple des produits nets de participation distribués ³.

666-2 « Consolidation sauvage » ◇ Le régime des sociétés « mères » ne permet pas, en revanche, de compenser les déficits générés par les filiales avec les bénéfices de la société « mère ». Il ne permet pas la *remontée des pertes*. Pour ce faire, est parfois pratiquée la *consolidation dite sauvage*, notamment par la mise en place de filiales revêtant la forme de sociétés de

régime de faveur (art. 145-1-c CGI ; Instr. 19 mars 2007 préc., n° 6 s. et 11 s.) ; c'est uniquement *a posteriori*, dans l'hypothèse où le délai de conservation ne serait pas respecté, que la sanction trouverait à s'appliquer (art. 1758 bis CGI). Sur les modalités de la reprise de l'engagement de conservation, Instr. 19 mars 2007 préc., n° 18s. Sur l'éligibilité des actions de préférence, L. Jaillais, *Actions de préférence : quel régime fiscal ?*, Option finance 27 juin 2005, n° 840, p. 28. Sur l'éligibilité des actions d'autocontrôle, R.M. JO S. 13 janv. 2005, p. 104, Dr. soc. 2005, n° 81, obs. J.-L. Pierre.

1. Instr. 31 janv. 2000, BOI 4 H-1-00 ; Cons. const. 29 déc. 1999, n° 99-424 DC, RJF 2/00, n° 248 (constitutionnalité de la majoration de la quote-part pour frais et charges à 5 %). CJCE 3 avr. 2008, *Banque Fédérative du Crédit Mutuel*, RJF 6/08, n° 766 ; Dr. fisc. 2008, n° 29, comm. 413 ; CE 6 oct. 2008, *Banque fédérative du Crédit Mutuel*, RJF 12/08, n° 1306 (compatibilité de la quote-part de frais et charge avec la directive mère-fille du 23 juill. 1990). L'art. 216 autorise l'option pour la déduction du montant réel des frais et charges, dans le cas où ceux-ci sont inférieurs au montant de la quote-part forfaitaire : CAA Paris 23 juin 2006, *SA Giraud International*, RJF 12/06, n° 1516. Cette exonération est étendue, sous conditions, aux dividendes distribués par des filiales françaises à des sociétés mères de la Communauté européenne : art. 119 ter CGI ; Inst. 10 mai 2007, BOI 4 C-7-0 ; Instr. 12 juill. 2007, BOI 4 C-08-07. Sur la compatibilité de ce texte avec la directive « mère-fille », CE 25 mai 2007, *Sté Fiat Participazioni Spa*, Dr. fisc. 2007, n° 42, comm. 923. Sur l'incompatibilité de ce texte avec le droit communautaire, CJCE 8 nov. 2007, *Amurta SGPS*, RJF 2/08, n° 247. Sur l'application de la clause anti-abus, TA Lyon 20 nov. 2007, *SAS Mac Kechnie France*, Dr. fisc. 2008, n° 11, comm. 205.

2. Il faut, en outre, éventuellement y ajouter la CSB (*supra* n° 5).

3. L'usage du régime des sociétés « mères » peut être constitutif d'un abus de droit (sur cette notion, *supra* n° 52-1) : Instr. 31 août 1989, BOI 4 H-6-89, spéc. n° 22 ; CE 18 févr. 2004, *Sté Pléiade*, Dr. fisc. 2004, n° 47, comm. 849 ; 18 mai 2005, *Sagal*, RJF 8-9/05, n° 910 ; 10 déc. 2008, *Sté Andros et Cie*, RJF 3/09, n° 255 ; Dr. fisc. 2009, n° 20, comm. 323. Égal. *supra* n° 641. Sur le régime fiscal des distributions en provenance de filiales relevant du régime des sociétés de personnes, *supra* n° 13-1.

personnes, fiscalement « translucides » (art. 8 CGI ¹). Ces sociétés n'étant pas personnellement imposables, leurs résultats, bénéfices ou pertes, sont directement appréhendés par les associés (*supra*, n° 13). Peut être également envisagée une location-gérance ², ou encore une *joint venture* ³.

666-3 Intégration fiscale ◇ Le législateur a remédié à cette impossibilité de « remontée des pertes » par l'instauration d'un régime d'intégration fiscale, à rapprocher du régime d'intégration comptable, qui s'applique sans contrôle préalable de l'administration fiscale, afin de mieux assurer la neutralité de la fiscalité des structures économiques et de renforcer la compétitivité des entreprises (art. 223 A s. CGI) ⁴.

Une société française ⁵, passible de l'impôt sur les sociétés, qui détient au moins 95 %, directement ou indirectement, du capital d'une ou plusieurs autres sociétés

1. D. Villemot et D. Bocquet, *Intégration fiscale ou société de l'article 8 du CGI. Quelle solution choisir ? Pourquoi recourir à la création d'une filiale translucide ?* Dr. fisc. 1994, n° 25, p. 1012 ; M. Cozian, *Comment pratiquer l'intégration « sauvage » là où l'intégration légale n'est pas possible ?* Petites Affiches 30 mars 1994, n° 38, p. 4 ; P. Collin et P. Morgenstern, *Optimisation fiscale des groupes : intégration ou société en nom collectif ?* Rev. fr. compt. 1995, n° 265, p. 49 ; A.G. Hamonic-Gaux, *Les avantages des sociétés de personnes en droit fiscal international*, Nouvelles fiscales 1^{er} juin 2001, n° 849, p. 22. Pour un exemple, Crim. 28 juin 2006, Jean-Louis et Isabelle, Dr. fisc. 2007, n° 28, comm. 740 (le fait de se placer sous le régime des sociétés de personnes pour se soustraire à l'impôt caractérise le délit de fraude). V. égal. *supra*, bibliographie sous n° 13, et *supra* n° 130.

2. *Location-gérance, état des lieux*, Nouvelles Fiscales 1^{er} avr. 2001, n° 845, p. 30 ; *supra* n° 640. Cette technique peut être intéressante dans le cas de la société d'un groupe structurellement déficitaire, donnant son fonds en location-gérance à une autre société du groupe, bénéficiaire. La société locataire peut ainsi réduire les résultats imposables de ses autres activités à due concurrence des pertes générées par l'activité reprise ; quant à la société bailleuse, elle peut imputer sur ses déficits le montant des redevances qu'elle perçoit. Une précaution à prendre : s'assurer du caractère raisonnable des redevances afin d'éviter notamment le risque de requalification en acte anormal de gestion (ex. : TA Nice 8 oct. 2002, Ferracci, Dr. fisc. 2003, n° 17, comm. 328 ; CAA Bordeaux 18 nov. 2003, Lamouroux, RJF 2/04, n° 173) ; égal. *supra* n° 13-1 (exonérations plus-values professionnelles sous conditions). Il convient d'être également prudent face au risque d'abus de droit si le contrat de location-gérance est requalifié en une cession de fonds de commerce (ex. *a contrario* Com. 13 janv. 2009, Sté Rentokil Initial, RJF 5/09, n° 519).

3. J.-V. Prévost, M. Féraud et H. de Dampierre, *La joint-venture, une alternative aux fusions-acquisitions*, Option finance 8 avr. 2002, n° 684, Expertise, p. 31 ; sur la notion de *joint venture*, *supra* n° 638.

4. Instr. 28 juin 2001, BOI 4 H-2-01 ; 8 janv. 2002, BOI 4 H-1-02 ; 19 juill. 2005, BOI 4 H-2-05 ; 21 mars 2007, BOI 4 H-4-07 ; 2 avr. 2008, BOI 4 H-2-08. P. Moine, *Le régime fiscal des groupes de sociétés*, EFE, 2^e éd., 2002 ; P. Morgenstern, *L'intégration fiscale*, La Revue Fiduciaire, 9^e éd., 2009, préface M. Cozian ; Anne Charvériat, Jean-Yves Mercier et Hugues Récamier, *Intégration fiscale*, Mémento expert, Francis Lefebvre, 2009-2010 ; P. Dibout, M.-Ch. Lepetit, Ch. Bouvier et Y. Rutschmann, *Intégration fiscale : actualités et perspectives*, Dr. fisc. 2009, n° 11, comm. 234. Ce régime ne concerne que l'impôt sur les bénéfices et est sans influence sur les autres impôts (TVA, droits d'enregistrement) qui restent normalement dus.

5. Instr. 8 janv. 2002 précitée ; CJCE 27 nov. 2008, *Société Papillon*, RJF 2/09, n° 180 ; Dr. fisc. 2008, n° 49, comm. 353 (le capital de la société « tête de groupe » peut être détenu à 95 % ou plus indirectement par une autre personne morale soumise à l'IS lorsque cette participation est détenue via une ou plusieurs personnes morales non soumises à cet impôt) ; est validée la compatibilité du régime de l'intégration avec la liberté d'établissement et la cohérence du système de l'intégration

françaises, également passible de cet impôt, peut se constituer seule redevable de l'impôt sur l'ensemble des résultats du groupe, sur une simple option ¹.

Cette option, jointe à l'accord des filiales concernées, a pour effet de soumettre la société « tête de groupe » à l'impôt sur les sociétés sur l'ensemble des résultats du groupe et de la rendre redevable également de l'imposition forfaitaire annuelle due par les sociétés du groupe. Néanmoins, chaque société est tenue solidairement au paiement de l'impôt sur les sociétés et de l'imposition forfaitaire annuelle, ainsi que, le cas échéant, des intérêts de retard, majorations et amendes fiscales correspondants, dont la société « tête de groupe » serait redevable, à hauteur de l'impôt et des pénalités qui seraient dus par la société filiale si celle-ci n'était pas membre du groupe ².

Pour autant, les filiales intégrées conservent leur personnalité fiscale et doivent établir la déclaration de leurs propres résultats conformément à la réglementation en vigueur ³. Ce n'est donc que dans une seconde étape que la société « tête de groupe » calculera le résultat d'ensemble du groupe, en faisant la somme algébrique des résultats de chacune des sociétés du groupe. Pour ce faire, elle devra préalablement opérer certains traitements techniques afin, notamment, d'éliminer les doubles impositions et double déductions résultant des opérations intragroupe ⁴.

Le résultat d'ensemble bénéficiaire est imposé à l'impôt sur les sociétés au taux normal (art. 219-1 CGI). Le résultat d'ensemble déficitaire est reporté sur les exercices suivants (art. 209-I al. 2 et 3 CGI) ⁵. La société « tête de groupe » peut égale-

fiscale posées par le droit communautaire. Sur l'éligibilité des actions d'autocontrôle, R.M. JO S. 13 janv. 2005, p. 104.

1. L'option initiale est d'une durée de cinq ans, reconductible tacitement ; sa notification peut s'opérer jusqu'à la fin du 3^e mois de l'exercice au cours duquel l'intégration prendra effet (art. 223 A, al. 5 CGI). Sur les obligations déclaratives, D. 2004-591, 21 juin 2004. Sur l'impossibilité pour une société en formation d'opter pour ce régime, TA Montpellier 5 déc. 2006, *Campo*, RJF 11/07, n° 1224 (*supra* n° 56). Sur les conditions d'application de ce régime, CAA Paris 7 nov. 2005, *Sté Bedel*, Dr. fisc. 2006, n° 15, comm. 326.

2. Cette solidarité n'implique pas que les filiales intégrées puissent contester les impositions sans mandat de représentation de la société-mère, TA Rennes 15 mai 2008, *Sté Timab Industries*, Dr. fisc. 2008, n° 30-35, comm. 431. Sur la procédure à respecter en cas de redressements de sociétés d'un groupe intégré, CE 7 févr. 2007, *Sté Weil Besançon*, RJF 4/07, n° 407. Sur les conséquences fiscales de conventions de réintégration, TA Cergy-Pontoise 15 mai 2008, *Sté Océ NV*, RJF 1/09, n° 15.

3. CE 19 nov. 2008, *Sté Tipiak*, RJF 2/09, n° 115 (*supra* n° 666).

4. Sur le dispositif de réintégration des charges financières prévu par « l'amendement Charras », applicable lorsque le contrôle de la société cessionnaire (ou cédante) est établi dans les conditions définies à l'art. L 233-3 C. com., TA Lille 1^{er} déc. 2005, *SAS FTR*, RJF 2/07, n° 135, Dr. fisc. 2006, n° 43, comm. 691 ; CAA Bordeaux 28 déc. 2006 (*supra* n° 660-1) ; CAA Douai 13 nov. 2007, *SA Nocibé France*, RJF 3/08, n° 289 ; CAA Paris 23 janv. 2008, *Sté Technologies Plus*, RJF 6/08, n° 652 ; Dr. fisc. 2008, n° 18, comm. 298. Sur la question de l'impact du droit communautaire sur les transferts financiers intragroupes, CJCE 18 juill. 2007, *Oy AA*, RJF 11/07, n° 1359 ; Dr. fisc. 2007, n° 52, comm. 1092.

5. Le déficit d'ensemble du groupe est reportable sans limitation de durée par la société tête de groupe (Instr. 7 déc. 2004, BOI 4 H-5-04). En revanche, les déficits d'une filiale antérieurs à l'intégration de celle-ci ne peuvent pas être reportés sur le résultat d'ensemble (TA Paris 23 mai 2006, *Sté financière immobilière de Boulogne*, Dr. fisc. 2007, n° 28, comm. 729). Sur la réattribution aux filiales de leurs déficits lorsque le groupe cesse à la suite de la mise en liquidation judiciaire de la société « tête de groupe » (art. 223 E al. 2 CGI). Sur la prise en compte au niveau du résultat imposable en France de déficits subis au travers de filiales étrangères détenues à au moins 95 %,

ment opter pour le report en arrière du déficit d'ensemble (art. 220 quinquies I CGI). La loi organise également le sort des filiales lors de leur sortie du groupe ¹.

667 Bénéfice « mondial et consolidé » ◇ Il existe enfin un dernier régime fiscal de faveur pour les groupes de sociétés, le régime du bénéfice « mondial et consolidé » (art. 209 quinquies CGI) ², qui peut, au demeurant, se combiner avec le régime d'intégration fiscal susvisé.

Il autorise les sociétés françaises agréées à cet effet à retenir l'ensemble des résultats de leurs exploitations, directes (succursales) ou indirectes (filiales détenues à plus de 50 %), situées en France ou à l'étranger, pour la détermination de leur résultat soumis à l'impôt sur les sociétés. Ce régime marque le souci de donner aux sociétés françaises à vocation internationale la possibilité de ne supporter en définitive l'impôt français que sur un bénéfice obtenu en faisant la somme algébrique des résultats positifs et négatifs de l'ensemble de leurs exploitations ³. Cependant, seulement une dizaine de groupes français a sollicité un tel agrément.

§ 2. Les interventions jurisprudentielles

Les tribunaux ont de plus en plus souvent l'occasion de tirer les conséquences de l'existence de liens entre sociétés ⁴, qu'il s'agisse de régler le passif de sociétés du groupe, de protéger les intérêts des minoritaires ou des salariés, de statuer sur des abus de biens sociaux qui peuvent être commis sous couvert du groupe.

668 Protection des créanciers ◇ Lorsque les créanciers d'une des sociétés du groupe ne parviennent pas à se faire payer par leur débiteur, la jurisprudence admet, malgré l'indépendance des personnalités juridiques des sociétés,

art. 209 C CGI. Sur la question de l'impact du droit communautaire sur l'imputation des pertes des filiales étrangères sur les résultats d'une société « tête de groupe » française, CJCE 13 déc. 2005, *Marks & Spencer*, RJF 2/06, n° 126.

1. Sur la distribution de dividendes après la date d'effet de la dissolution du groupe, TA Nantes 12 oct. 2004, *SA United Biscuits France, Dr. fisc.* 2005, n° 28, comm. 534. Sur la possibilité de passage d'un groupe à un autre, sans rupture d'application du régime du groupe, au profit des filiales qui sortent d'un périmètre d'intégration à l'occasion de la mise en œuvre d'une procédure collective (art. 223 L 6-h CGI) ; ou encore à la suite d'une augmentation de capital (RM JO déb. Sénat 19 mai 2009, n° 2009/34).

2. Décret n° 91-1265 du 16 déc. 1991 (JO 20 déc. 1991, p. 16596) et arrêté du 7 févr. 1992 (JO 13 févr. 1992, p. 2333) ; P. Morgenstern, *Bénéfice consolidé et bénéfice mondial*, *Rev. fr. compt.* 1995, n° 212, p. 29 ; M.-Ch. Bergerès, *Des fissures dans le régime du bénéfice mondial consolidé*, *Dr. fisc.* 2005, n° 13, p. 638.

3. L'État subordonne l'octroi de l'agrément à l'exigence de certaines contreparties censées profiter à l'économie (création ou maintien d'emplois, hausse des exportations, etc.). Cet impact est difficile à apprécier (un seul agrément aurait été retiré à ce titre).

4. J. Paillusseau, *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques*, D. 2003, p. 2346 et 2418.

qu'ils peuvent agir contre une autre société du même groupe, généralement la société-mère ¹. La condition est que ces sociétés aient donné aux créanciers l'apparence de n'en former qu'une ² ou d'être étroitement liées entre elles ³ ou que l'une des sociétés ait laissé croire de façon fautive qu'elle prenait part à l'engagement de l'autre ⁴, ou encore que la filiale soit fictive ⁵. Cependant, le principe demeure que le seul fait pour une société de détenir le contrôle d'une autre ne suffit pas pour la faire condamner à exécuter les engagements pris par cette société ⁶.

1. Cf. D. Schmidt, *La responsabilité civile dans les relations de groupe de sociétés*, *Rev. sociétés* 1981, p. 725 ; J.-P. Sortais, *À propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés*, *RJ* com. 1977, 85 et 121 ; M. Jeantin, *Entreprise, autorité et responsabilité et liens de dépendance contractuels*, in *Entreprise et pouvoir : autorité et responsabilité*, Colloque de l'Association internationale de droit économique (Rennes, 1983), *Economica* 1985, p. 235 s.v. la position de certains auteurs en faveur d'une responsabilité du groupe en cas de **dommage écologique**, F. X. Lucas, *Développement durable et droit des sociétés*, *Bull. Joly* 2008, p. 267 ; F. G. Trébulle, *Vous avez dit « durable »*, id. p. 272 ; B. Rolland, *Responsabilité environnementale : qui va payer ?* *Bull. Joly* 2008, p. 356, n° 77.

2. Par ex., Com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1317, n° 370, A. Couret ; Com. 17 oct. 1995, *RJDA* 1996, p. 52, n° 68 ; Versailles 21 avr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 914, n° 234, M. Pariente ; Com. 25 mars 2003, *Dr. sociétés* 2003, n° 186, F. G. Trébulle ; *Rev. sociétés* 2003, p. 859, J. J. Daigre ; *RTD com.* 2003, p. 748, Cl. Champaud et D. Danet (soutien abusif de la filiale par la mère créant une apparence trompeuse de solvabilité de la filiale). Rapp. sur les critères de l'immixtion d'une mère dans la gestion de sa filiale, 3° Civ. 25 févr. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 666, n° 129, J. Ph. Dom ; *Dr. sociétés* 2004, n° 96, F. G. Trébulle ; *Rev. sociétés* 2004, p. 418, J. F. Barbière.

3. Civ. 1^{re}, 13 déc. 1967, *JCP* 1968, II, 15676, J.-P. Couturier ; Com. 15 nov. 1977, *Bull. civ.* IV, n° 265, p. 225 ; Com. 11 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 923, n° 298, P. Le Cannu ; *Rev. dr. bancaire* 1989, p. 31, M. Jeantin et A. Viandier ; Com. 20 nov. 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 99, n° 29 et p. 209, n° 68, J.-P. Laborde (extension d'une clause attributive de compétence) ; Com. 15 juin 1993, *Dr. sociétés* 1993, n° 200, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1994, p. 730, R. Libchaber (immixtion de la mère dans la conclusion d'un bail pour la filiale) ; Com. 1^{er} mars 1994, *RJDA* 1994, p. 533, n° 665 (publicité trompeuse au nom du groupe) ; Com. 4 févr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 554, P. Didier, *Bull. Joly* 1997, p. 557, n° 222, J.-J. Daigre ; *JCP E* 1997, I, 676, n° 10, A. Viandier et J.-J. Caussain (immixtion dans la gestion) ; Aix-en-Provence 11 janv. 1985, *Rev. sociétés* 1987, 98, Y. Guyon ; Paris 19 oct. 1994, *Rev. sociétés* 1995, M. Pariente (absence d'autonomie de la filiale, immixtion de la mère dans la gestion).

4. Com. 2 mai 1978, *Gaz. Pal.* 1978, II, somm. 291 ; Com. 5 févr. 1991, *D.* 1992, p. 27, Y. Chartier ; *Bull. Joly* 1991, p. 391, n° 125, Ph. Delebecque ; et p. 479, n° 165, Ch. Hannoun, *L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré* ; Com. 7 déc. 1993, *RJDA* 1994, p. 320, n° 414 ; Com. 25 mars 2003, *JCP E* 2003, p. 933, n° 836 (soutien abusif de la filiale par la mère) ; Com. 26 févr. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 602, n° 129, Ch. Hannoun (immixtion de la mère dans la gestion externe de la filiale).

5. Com. 2 déc. 1997, *RJDA* 1998, p. 319, n° 438 ; *Bull. Joly* 1998, p. 472, n° 162, J.-J. Daigre ; Com. 19 mars 1996, *RTD com.* 1996, p. 478, Cl. Champaud et D. Danet.

6. Com. 26 mars 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 908, n° 196, F. G. Trébulle ; *Rev. sociétés* 2008, p. 812, B. Rolland (pollution) ; Com. 2 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1097, n° 246, P. Scholer ; Com. 4 nov. 1987, *Rev. sociétés* 1988, 393, P. Le Cannu (aff. Peugeot) ; Com. 6 mai 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 697, n° 251 (confusion non établie alors que les sociétés ont la même dénomination sociale et le même dirigeant) ; Com. 20 janv. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 474, n° 163, J.-P. Dom ; Com. 25 nov. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 109, n° 42, J.-F. Barbière (cautionnement) ; rapp. Com. 17 déc. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 186, n° 53, Ch. Hannoun ; *Rev. sociétés* 1992, p. 323, Y. Chartier (nul ne plaide par procureur) ; Paris 31 mai 1989 (aff. Chaffoteaux et Maury), *Gaz. Pal.* 1989, II,

Lorsque la société-mère ou l'une de ses filiales importantes étant en cessation des paiements dépose son bilan, il n'est pas rare que les tribunaux prononcent *le redressement ou la liquidation judiciaire* de l'ensemble des sociétés du groupe ¹. Pour ce faire, ils relèvent que les sociétés ne constituaient en fait qu'une seule personne morale ou qu'il y avait entre elles une *confusion des patrimoines* ² ou encore que les sociétés étaient *fictives* ³.

La confusion de patrimoines est souvent retenue dans les petits groupes familiaux où a été opérée une séparation artificielle entre la société commerciale d'exploitation qui prend en location les immeubles appartenant à une SCI, les associés et dirigeants des deux sociétés étant communs ⁴.

669 Protection des minoritaires ⁵ ◇ Des progrès importants ont été accomplis dans la protection des associés minoritaires grâce aux interventions législatives récentes en matière d'information et de comptes consolidés (*supra*, n^{os} 659, 664). Faute de dispositions organisant une protection spécifique des minoritaires du groupe, c'est le régime légal de droit commun qui s'applique (par ex. art. L. 225-38 et s. sur les conventions conclues entre des sociétés ayant des dirigeants communs ⁶ ; v. *supra*, n^o 421 ; art. L. 225-109 sur les actions des « initiés »). La jurisprudence, pour sa part, étend aux groupes de sociétés les solutions qu'elle a dégagées pour les sociétés prises

603, concl. Tulli, note J.-P. Marchi ; *Rev. dr. bancaire* 1989, 218, M. Contamine-Raynaud ; *JCP E* 1990, II, 15677, n^o 9, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 8 déc. 1989, *Bull. Joly* 1990, p. 195, n^o 51.

1. J.-J. Daigre, *Le redressement judiciaire des groupes de sociétés*, *Petites Affiches* 19 févr. 1988 ; D. Fasquelle, *Les faillites des groupes de sociétés dans l'Union européenne : la difficile conciliation entre approches économique et juridique*, *Bull. Joly* 2006, p. 151, n^o 30 ; B. Grelon et C. Dessus-Larrivé, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, *Rev. sociétés* 2006, p. 281.

2. Par ex. Com. 4 juill. 2000, *BRDA* n^o 17-2000, p. 3 (mini-groupe) ; Paris 20 oct. 2000, *Dr. sociétés* 2001, n^o 46, F.X. Lucas.

3. Ph. Delebecque, *Groupe de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe*, *Rev. proc. coll.* 1998, p. 129. Cf. par ex. Com. 2 avr. 1979, *Bull. civ. IV*, n^o 120, p. 93 (apparente location-gérance d'un fonds de commerce par l'une des sociétés à l'autre, qui ne forment en réalité qu'une seule et même personne morale) ; Com. 5 avr. 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 318, Y. Guyon ; Com. 12 oct. 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 326, B. Saintourens (confusion des patrimoines entre une SCI et une société d'exploitation) ; Paris 20 mars 1986, *Rev. sociétés* 1987, 98, Y. Guyon ; comp. Com. 7 janv. 1981, *Bull. civ. IV*, n^o 16, p. 12 ; v. égal. Paris 29 mars 1979, *Gaz. Pal.* 1980, I, 33, APS (existence d'un groupe non établie en l'espèce). Cf. F. Dekeuwer-Defossez, *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 178 ; Com. 8 nov. 1988, *Rev. sociétés* 1990, 71, A. Honorat. Paris 16 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 73, n^o 12, P. Diener ; Paris 11 oct. 2005 (*aff. Metaleurop*), *Bull. Joly* 2006, p. 478, n^o 94, P. Scholer.

4. M. Cozian, *Société civile immobilière-société d'exploitation : est-ce vraiment un couple infernal ?* *JCP E* 1997, I, 634. Cf. par ex. Com. 25 nov. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 586, C. Porteron ; Com. 6 juill. 1999, *JCP E* 2000, p. 515, M.O. Dias-Bidault ; Paris 25 sept. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 50, n^o 15, S. Messaï-Bahri.

5. J.-M. Bardy, *L'intervention de la COB dans les groupes*, *Bull. COB* n^o 263, nov. 1992, p. 3 ; *BCNCC* 88-1992, p. 580 ; P. Bézard et P. Chaput, *La Commission des opérations de bourse (COB) et la protection des actionnaires minoritaires dans les groupes de sociétés*, *Rev. sociétés* 1982, p. 481. V. sur les cessions de contrôle, *supra*, n^o 653.

6. Ph. Merle, *Les conventions au sein des groupes*, *Petites Affiches*, 4 mai 2001.

individuellement : c'est ainsi qu'une société-mère ne peut pas imposer à l'une de ses filiales, en avançant l'intérêt général du groupe, une décision contraire aux intérêts spécifiques de cette société ¹. Le recours à la notion souple d'abus de majorité peut permettre une protection efficace ². Il a même été admis qu'une société anonyme, actionnaire minoritaire d'une autre société, dont le président faisait l'objet de poursuites pénales, était bien fondée à faire désigner un *administrateur provisoire* non seulement à cette société mais aux autres sociétés du groupe auquel elle appartenait ³. La loi NRE permet désormais que l'expertise de gestion s'exerce au sein des groupes, la demande étant appréciée par le juge « *au regard de l'intérêt du groupe* » (art. L. 225-231 ; *supra*, n° 522 s.).

670 Protection des salariés ⁴ ◇ La jurisprudence sociale a reconnu très vite l'influence du groupe, en relevant l'absence d'autonomie juridique des diverses entités le composant pour ne retenir que l'*unité économique et sociale* formée ⁵.

C'est ainsi que dans les *relations individuelles de travail*, l'ancienneté, source d'avantages et de garanties, peut être acquise dans plusieurs sociétés du groupe ⁶. En cas de confusion de fait entre deux sociétés appartenant à un même groupe, le salarié licencié par l'une d'elles peut également mettre en cause l'autre société ⁷.

1. V. par ex. Paris 22 mai 1965 (aff. *Fruehauf*) préc., JCP 1965, II, 14274 bis, concl. Nepveu.

2. T. com. Paris 29 juin 1981, aff. *Agache — Willot — Conforama* préc., Gaz. Pal. 1981, II, 687, P. de Fontbressin.

3. Com. 5 févr. 1985, JCP 1985, II, 20492, A. Viandier ; Paris 7 mars 1990, *Rev. sociétés* 1990, p. 256, J.-J. Daigre (aff. *Petrossian*, nomination d'un enquêteur). Rapp. C. Armand et A. Viandier, *Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités* ? *Rev. sociétés* 1986, 557 ; Com. 12 mai 1981, *Rev. sociétés* 1982, 318, Y. Chartier. V. cependant, Paris 1^{er} juin 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 96, L. Godon (la société mère ne peut pas demander la nomination d'un administrateur provisoire dans une sous-filiale avec laquelle elle n'a pas de lien de droit),

4. *Les salariés et les associés minoritaires dans les groupes de sociétés*, avant-propos M. Buy, Presses Universitaires Aix-en-Provence 1993 ; B. Oppetit, *Groupe de sociétés et droit du travail*, *Rev. sociétés* 1973, 69 ; A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTD com. 1985, p. 621 ; C. Hausmann, *Le dirigeant d'entreprise dans la structure de groupe*, Gaz. Pal. 27 févr. 1992, doct. ; Soc. 11 mars 2003, D. 2003, p. 976 (salarié de la mère, mandataire social dans une filiale).

5. V. sur cette conception moins stricte de la Chambre sociale de la Cour de cassation du principe de l'autonomie des sociétés appartenant à un groupe, Soc. 2 déc. 1997, BRDA 6-1998, p. 5.

6. Soc. 1^{er} juill. 1965, *Bull. civ. IV*, n° 530, p. 446 ; *Droit social* 1966, 103, J. Savatier. Cf. I. Vacarie, *Groupes de sociétés et relations individuelles du travail*, *Droit social* 1975, 23.

7. Soc. 15 juin 1966, *Bull. civ. IV*, n° 587, p. 490 ; v. à la suite d'une restructuration, l'action en responsabilité des salariés d'une filiale contre la mère, Soc. 14 nov. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 223, n° 51, B. Saintourens. Mais les conventions collectives applicables à une société ne peuvent pas être invoquées par l'employé d'une filiale de cette société dès lors que cette filiale qui a une personnalité juridique, un siège social et un objet distincts de ceux de la société-mère n'a été partie à aucune de ces conventions collectives et n'est membre d'aucune organisation signataire de ces conventions qui n'ont pas fait l'objet d'un arrêté d'extension, Soc. 7 nov. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 551, p. 506. Sur les employeurs conjoints, Soc. 23 sept. 1992, RJDA 1992, n° 1131, p. 906.

Concernant les *institutions représentatives du personnel* ¹, la jurisprudence a considéré que les diverses sociétés composant un groupe, devaient être considérées comme une entreprise unique dès lors qu'elles constituaient une unité économique et sociale caractérisée par la concentration de direction et la complémentarité des activités des entités qui la composent ². Ces solutions ont été appliquées pour la désignation des délégués syndicaux et des délégués du personnel. Elles ont été consacrées par le législateur pour la mise en place de comité d'entreprise commun (art. L. 2322-4 C. trav.) ³ ou la constitution de *comité de groupe* (art. L. 2331-1 à 2335-1 C. trav. ; loi Auroux du 28 octobre 1982, puis L. 12 nov. 1996) ⁴.

Depuis la loi NRE, en cas d'annonce d'OPA ou d'OPE portant sur l'entreprise dominante d'un groupe, le chef de cette entreprise doit en informer immédiatement le comité de groupe. Il est alors fait application au niveau du comité de groupe des dispositions prévues pour le comité d'entreprise (art. L. 2332-2 C. trav.).

671 Abus de biens sociaux ⁵ ◇ S'il paraît normal qu'au sein d'un groupe, par solidarité, une société, la société-mère le plus souvent, vienne en aide à l'une de ses filiales en difficulté, en lui consentant par exemple une avance de trésorerie, les dirigeants de la société-mère ne se rendent-ils pas coupables des infractions d'abus de biens sociaux ou de crédit, sanctionnées par les articles L. 242-6 et L. 241-3. La jurisprudence, se refusant à interpréter trop strictement les textes, a déterminé à quelles conditions l'*intérêt du groupe* ⁶ pouvait l'emporter sur l'intérêt individuel des sociétés et éviter la mise en jeu de l'incrimination.

V. sur la mobilité du personnel au sein du groupe et les problèmes posés en fin de détachement, Soc. 25 févr. 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 546, I. Vacarie. Rappr. sur le détachement d'un salarié à l'étranger, art. L. 1231-5 C. trav. ; cf. A. Lyon-Caen, *La mise à disposition internationale de salarié, Droit social* 1981, p. 747 ; Aix-en-Provence 23 janv. et 31 mars 1980, D. 1981, p. 301, J. Mestre et M. Buy.

1. Sur la consultation du comité d'entreprise quant à l'organisation économique et juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, cession, prise de participation, acquisition ou cession de filiales, cf. *supra*, n° 654 et *infra*, n° 689.

2. Cf. par ex. Soc. 27 mars 1985, *Bull. civ. V*, n° 221, p. 158.

3. Soc. 19 mars 1981, *Bull. civ. V*, n° 241, p. 180.

4. Sur la cohabitation du comité de groupe et du comité d'entreprise européen (directive n° 94/45/CE du 22 sept. 1994, L. 12 nov. 1996) cf. l'ouvrage de B. Teyssié, *Le Comité d'entreprise européen*, *Economica* 1997 spéc. n°s 6 s. ; bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1997, p. 916. Sur la personnalité morale du comité de groupe, Soc. 23 janv. 1990 (aff. *Renault/Renix/Bendix*) JCP 1990, II, 21529, M. Névot ; *Rev. sociétés* 1990, p. 444, R. Vatinet.

5. M. E. Boursier, *Le fait justificatif du groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité*, *Rev. sociétés* 2005, p. 273 ; B. Bouloc, *Droit pénal et groupes d'entreprises*, *Rev. sociétés* 1988, p. 181 ; Ch. Freyria et J. Clara, *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés*, JCP E 1993, I, 247. Sur les aspects fiscaux de l'abus de biens sociaux, *supra* n° 416-1.

6. Encore faut-il qu'il y ait des liens financiers ou commerciaux entre les sociétés. La seule communauté de dirigeants ne saurait être une cause d'exonération ; cf. Paris 9 janv. 1952 (aff. du *Bon Marché*), JCP 1952, II, 6970, D. Bastian ; Paris 30 juin 1961, D. 1962, p. 393, A. Touffait, J.-B. Herzog.

Le jugement de référence a été pendant plus de dix ans celui du tribunal correctionnel de Paris rendu le 16 mai 1974 dans l'*affaire Willot* ¹.

Sa position a été consacrée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'*affaire Rozenblum* ².

Pour échapper aux prévisions des textes incriminant l'abus de biens sociaux (art. L. 242-6 et L. 241-3), les conditions suivantes doivent être réunies :

- l'existence d'un groupe de sociétés doit être établie ;
- le concours financier apporté doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ;
- ne doit ni être dépourvu de contrepartie ni rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées.

L'analyse des arrêts ³ montre que l'intérêt du groupe est rarement pris en compte. C'est ainsi que ne peut pas être retenu l'intérêt du groupe, lorsqu'un rachat d'entreprise est financé par un repreneur qui, sans moyens financiers suffisants, doit prélever sur la trésorerie de la cible, sans aucune contrepartie pour celle-ci ⁴.

1. T. corr. Paris 16 mai 1974, *Rev. sociétés* 1975, 657. Cf. M. Trochu, M. Jeantin et D. Langé, *De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés* (à propos de l'*affaire Agache-Willot*, *Saint Frères*, *Le Bon Marché*, *La Belle Jardinière*), D. 1975, chron. 7.

2. Crim. 4 févr. 1985, *Rev. sociétés* 1985, 648, B. Boulouc ; JCP 1986, II, 20585, W. Jeandier ; D. 1985, p. 478, D. Ohl (qui rejette le pourvoi formé contre la condamnation prononcée par la cour d'appel de Paris, estimant que les conditions d'exonération n'étaient pas réunies en l'espèce). Solution réaffirmée par ex. par Crim. 20 mars 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 953, n° 269, J. F. Barbiéri.

3. Crim. 13 févr. 1989, *Gaz. Pal. somm.* 15 juill. 1989 ; JCP E 1990, II, 15784, n° 19, A. Viandier et J.-J. Caussain. Cf. égal. T. corr. Paris 10 juin 1985 infirmé cependant en grande partie par Paris 29 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1986, I, 479, réquisitions Av. gén. Hecquard, note J.-P. Marchi ; BCNCC 1986, p. 391, E. du Pontavice. *Addé* Crim. 13 févr. 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 692, B. Boulouc ; Crim. 23 avr. 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 849, n° 304, A. Couret ; *Rev. sociétés* 1991, p. 785, B. Boulouc ; *Rev. dr. bancaire* 1991, p. 231, M. Jeantin et A. Viandier ; Crim. 24 juin 1991, *RJDA* 1991, n° 926, p. 784 ; JCP E 1992, I, 172, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain (transferts de trésorerie constitutifs d'abus de biens sociaux) ; Crim. 9 déc. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 358, B. Boulouc (règlements opérés dans l'intérêt personnel du prévenu) ; Crim. 20 juill. 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 93, B. Boulouc (banqueroute, exclusion du fait justificatif) ; Crim. 14 avr. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 771, n° 225, M. Jeantin (sociétés civiles de construction-vente, exclusion de la jurisprudence *Rozenblum*) ; Crim. 4 sept. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 107, n° 38, N. Rontchevsky ; *Rev. sociétés* 1997, p. 365, B. Boulouc (limites au fait justificatif) ; Paris 17 déc. 1990, *Gaz. Pal.* 1991, I, p. 359, J.-P. Marchi (absence de groupe) ; Paris 23 mars 1999, JCP E 1999, p. 1657 (dépenses de sécurité privée du PDG de la mère ; dépenses supportées par les filiales) ; Crim. 25 oct. 2006 (aff. *Lagardère*) *Rev. sociétés* 2007, p. 146, B. Boulouc ; *Bull. Joly* 2007, p. 243, n° 47, J. F. Barbiéri (redevances d'animation, de relation et d'assistance ne correspondant à aucune prestation utile au sein du groupe). L'intérêt du groupe ne permet pas de justifier des faits de banqueroute, Crim. 27 avr. 2000, D. aff. 2000, p. 327, A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2000, p. 746, B. Boulouc.

4. Crim. 5 mai 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 953, n° 342, J.-F. Barbiéri ; *Dr. sociétés* 1997, n° 162, D. Vidal. Sur cette question, cf. égal. J. Ph. Dom, *Les montages en droit des sociétés*, *Joly* 1998, préf. P. Le Cannu.

CHAPITRE 3

LES FUSIONS ET SCISSIONS ¹

672 Définitions ◇ La **fusion** est l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule. Elle peut résulter soit de la création d'une société nouvelle par les sociétés existantes, soit de l'absorption d'une société par une autre (art. L. 236-1 al. 1) ². Le deuxième procédé, celui de la « **fusion-absorption** », est de loin le plus fréquemment utilisé, essentiellement pour des raisons fiscales.

La fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires (art. L. 236-3) ³.

Il y a **scission** lorsque le patrimoine d'une société est partagé entre plusieurs sociétés existantes ou nouvelles (art. L. 236-1, al. 2) ⁴.

Pour qu'il y ait fusion ou scission, il faut que les associés de la société absorbée ou scindée reçoivent, en échange de leurs apports, des actions (ou parts) de la société bénéficiaire. Toutefois, le versement d'une soulte en espèces ne fait pas perdre à l'opération son caractère de fusion ou scission dès lors que cette soulte ne dépasse pas 10 % de la valeur nominale des droits sociaux attribués (art. L. 236-1, al. 4). En outre, l'échange de droits sociaux ne peut se faire qu'au profit des associés de la

1. Cf. pour une étude détaillée, de cette matière rapidement complexe, J.-P. Bertrel et M. Jean-tin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec 1991 (spéc. deuxième partie) ; R. Routier, *Les fusions de sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ 1994, préf. G.J. Martin ; pour le droit belge, T. Tilquin, *Traité des fusions et scissions*, Kluwer, Éd. Juridiques, 1993.

2. Sur la nouvelle définition fiscale des fusions, *infra* n° 679-1.

3. Cf. déjà Y. Cheminade, *Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes*, *RTD com.* 1970, 15 ; G.J. Martin, *La notion de fusion*, *RTD com.* 1978, 269.

4. Certaines sociétés sont devenues de tels conglomérats que leurs actionnaires et les investisseurs manquent de visibilité. En juin 1996, *Chargeurs* s'est scindée en deux sociétés, *Chargeurs International* regroupant les activités industrielles et *Pathé*, pôle audiovisuel. Ces deux sociétés peuvent ainsi mieux se concentrer sur leurs enjeux stratégiques et concurrentiels et elles offrent à leurs actionnaires un investissement direct dans des activités homogènes. Contre 1 action *Chargeurs* ont été remises 1 action *Pathé* et 1 action *Chargeurs International*. Le cours de bourse de ces deux sociétés a été immédiatement supérieur à celui de l'ancienne société. Sur les scissions partielles, cf. P. Y. Chaber, *La figure de la scission partielle en droit français*, *Rev. sociétés* 2005, p. 759 ; H. Le Nabasque, *Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle*, *id.* p. 779.

société absorbée ou scindée autres que les sociétés participant à l'opération (art. L. 236-3 ; cf. *infra*, n° 677 *in fine*) ¹.

On rapprochera de ces différentes opérations, celle d'**apport partiel d'actif** qui consiste pour une société à faire apport à une autre société, nouvelle ou déjà créée, d'une partie de ses éléments d'actif, généralement une branche autonome d'activité ². Cet apport en nature peut être soumis, s'il est effectué entre sociétés anonymes ou SARL, au régime des scissions (art. L. 236-22 et L. 236-24) ³.

673 Évolution ◇ Le mouvement de concentration a commencé dès la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e aux USA ⁴, en Grande-Bretagne et en Allemagne. Il n'a démarré en France qu'après la Seconde Guerre mondiale et s'est accéléré à partir de la signature du Traité de Rome, grâce à des initiatives juridiques, de fortes incitations fiscales ⁵ et des aides financières des pouvoirs publics. Le développement de ces opérations de concentration a donné aux entreprises françaises une meilleure rentabilité, leur permettant d'atteindre la taille indispensable pour affronter la concurrence internationale.

Mais ces restructurations ⁶ ne sont pas sans **inconvenients**, les absorptions trop nombreuses sont mal digérées par la société absorbante qui peut devenir ingouvernable, alors que la constitution d'un groupe avec une société-mère et des filiales laisse plus de souplesse et donne souvent une meilleure efficacité. Les fusions peuvent également porter atteinte à la concurrence ⁷. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a été profondément modifiée sur ce point par la loi NRE du 15 mai 2001, qui a mis en harmonie la procédure de contrôle national des opérations de concentration (art. L. 430-1 s.) avec celle du contrôle communautaire (règlement du 21 décembre 1989). Puis la réglementation a de nouveau été profondément modifiée par la loi du 4 août 2008, qui a, en particulier, instauré une nouvelle autorité administrative

1. Cette obligation de renonciation aux droits résultant des parts ou actions que la société bénéficiaire détient dans la société absorbée ou scindée, ou que celle-ci détient sur elle-même, s'étend aux parts ou actions détenues par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de ces sociétés (prête-nom, cf. art. L. 236-3-II).

2. Sur la définition de l'apport partiel d'actif en droit communautaire, CJCE 15 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 348, n° 75, A. Colonna d'Istria et C. Valentin.

3. Bibliographie thématique in *Rev. sociétés* 1992, p. 645 ; Y. Guyon, *Les apports partiels d'actifs*, in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 237. Sur la preuve de l'adoption du régime des scissions, Com. 3 avril 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 962, n° 270 ; sur les conditions du bénéfice de ce régime, Civ. 2^e, 12 juill. 2001, *JCP E* 2003, 281, J. J. Daigre ; Paris 14 sept. 2001, *RJDA* 2002, p. 33, n° 46 ; *JCP E* 2002, p. 900, A. Vianier et J.-J. Caussain.

4. Pour un exposé détaillé, cf. J. Houssiaux, *préc. Le pouvoir de monopole*, Sirey 1958.

5. Sur le régime fiscal des fusions, *infra*, n° 679-1.

6. Sur les possibilités également offertes par les transformations de sociétés, pour une meilleure adaptation à l'activité exercée, cf. *supra*, n° 98 s.

7. B. Brun, *La prise en compte toujours accrue des groupes de sociétés en droit de la concurrence*, *Dr. sociétés*, juin 2006, p. 8.

indépendante, l'**Autorité de la concurrence**, qui se substitue au Conseil de la concurrence, et qui a compétence pour contrôler les concentrations ¹.

Ces opérations peuvent léser aussi bien les tiers que les associés des sociétés concernées, qu'il convient d'informer et de protéger. C'est ainsi que les **créanciers** de la société absorbée ou scindée, obligataires ou non, risquent de perdre un débiteur qui présentait plus de garantie que la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport. Les créanciers de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport peuvent redouter de se trouver en concours avec les créanciers de la société absorbée ou scindée. Quant aux **associés minoritaires** ², ceux de la société fusionnée ou scindée, il convient d'éviter que leur soit imposé un rapport d'échange défavorable de leurs droits sociaux.

Enfin, les fusions entraînent pratiquement toujours des mesures de compression du personnel, se traduisant par des **licenciements** pour cause économique. C'est pourquoi la loi du 28 octobre 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel, a prévu que le comité d'entreprise devait être informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales (art. L. 2323-6 C. trav.).

Selon le *Cabinet McKinsey*, seules 35 % des fusions peuvent être considérées comme des succès, compte tenu des synergies promises au départ qui se sont réalisées. Le plus souvent, les différences de culture d'entreprise persistent, les équipes ne s'intègrent pas (*Airbus ; Alcatel-Lucent* ³), des marchés se perdent (*Hewlett-Packard et Compaq*), les talents ont tendance à fuir... ⁴.

674 Réglementation ◇ Le Code de commerce consacre ses articles L. 236-1 à L. 236-7 aux fusions et scissions (cf. également art. R. 236-1 à R. 236-4). Quelques dispositions générales (art. L. 236-1 à L. 236-6) sont applicables à toutes les sociétés quelle que soit leur forme. Mais, pour l'essentiel, les textes sont relatifs aux opérations les plus fréquentes, qui concernent les sociétés

1. Cf. pour une étude détaillée, A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence*, LGDJ, 3^e éd., 2008.

2. P. Bézard et P. Chaput, *La Commission des opérations de bourse et la protection des actionnaires minoritaires dans les groupes de sociétés*, préc., *Rev. sociétés* 1982, 481 ; X. Grosclaude, *Les droits des actionnaires dans les opérations de fusion*, Thèse dactyl. Strasbourg 1999 ; A. Couret, *Cession d'entreprises, Brèves réflexions autour de quelques éléments d'un statut des minoritaires*, in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 205.

3. V. les « départs » de M. Tchuruk, président du conseil d'administration, et de Mme Russo, directrice générale, à la suite de l'échec de la fusion entre *Alcatel* et *Lucent* (*Les Échos*, 30 juillet 2008).

4. Ph. Escande, *Les Échos* 30 juin-1^{er} juill. 2006.

anonymes et les sociétés à responsabilité limitée (art. L. 236-8 à L. 236-24) ¹.

À l'échelon communautaire, les autorités de Bruxelles se sont intéressées depuis longtemps aux opérations de fusion et de scission. Leurs travaux ont abouti à plusieurs directives (*supra*, n° 19). La troisième directive adoptée par le Conseil des communautés européennes le 9 octobre 1978 ² a pour objet la protection des intérêts des actionnaires et des tiers à l'occasion des fusions de sociétés anonymes. Ce texte a été complété par la sixième directive adoptée le 17 décembre 1982 ³, qui concerne les scissions de sociétés anonymes. Les retouches qui étaient imposées au droit français par ces deux directives ont été apportées par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 ⁴. La directive du 23 juillet 1990 règle le régime fiscal commun applicable aux fusions intéressant des sociétés d'États membres différents ⁵.

La directive du 26 octobre 2005 sur les **fusions transfrontalières** précise le régime juridique des fusions entre sociétés de capitaux (sociétés par actions et SARL) situées dans des États différents de l'Union européenne. Elle a été transposée en droit français par la loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire ⁶.

1. Sur le terrain comptable, cf. D. Ledouble, *Le règlement du CRC (4 mai 2004) sur les fusions : facteur de progrès ou de complexité ?* Bull. Joly 2005, p. 331, n° 67.

2. JOCE n° L. 295 du 20 oct. 1978, p. 36. V. Commentaire O. Loy, *RTD europ.* 1980, 354. Pour un exemple de recherche de compatibilité entre la réglementation fiscale des fusions et la directive précitée, CE 6 nov. 2002, *SNC Sodepar*, RJF 1/03, n° 18.

3. JOCE n° L. 378 du 31 déc. 1982, p. 47.

4. V. égal. D. n° 88-418 du 22 avr. 1988 ; cf. le commentaire de A. Le Fèvre, *Rev. sociétés* 1988, p. 207 ; M. Jeantin et A. Viandier, *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 65 et 95 ; A. Couret, *Bull. Joly* 1988, p. 237 ; D. Lepeltier, *Bull. Joly* 1988, p. 325 ; Y. Reinhard, *RTD com.* 1988, p. 237 ; Cl. Ducouloux-Favard, *La réforme française des fusions et l'harmonisation des législations européennes*, D. 1990, chron. 242.

5. *Bull. Joly* 1990, p. 744, n° 218 ; D. 1990, L. 374. Cf. J.-P. Le Gall et P. Dibout, *La fiscalité des fusions d'entreprises communautaires*, JCP E 1991, I, 12 ; L. 30 déc. 1991, L. fin. rectificative pour 1991, art. 25 ; A. de Waal, *Fusions et opérations assimilées. Les dispositions fiscales françaises à l'épreuve du droit communautaire*, JCP E 1994, I, 337 ; CJCE 17 juill. 1997, *Leur-Bloem*, RJF. 10/97, n° 1002 ; A. de Waal, *Fusions et opérations assimilées. Réflexions contrastées sur l'arrêt Leur-Bloem*, *Dr. fisc.* 1998, n° 9, p. 286 ; G. Leclercq, *Les conséquences fiscales d'une fusion intracommunautaire (impôt sur les sociétés)*, *Dr. sociétés, Actes prat. janv./févr.* 2001, p. 22 ; M. Pariente, *Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union*, *Bull. Joly* 2002, p. 21, n° 2, spéc. p. 26 ; A. De Waal, *Le traitement fiscal des scissions internationales*, RDAI, n° 5, 2001, p. 662, et *Les fusions transnationales*, RDAI, n° 2, 2002, p. 245 ; CJCE 15 janv. 2002, *Andersen og Jensen ApS*, RJF 4/02, n° 458 ; P. Dibout, *Le régime fiscal français des fusions et opérations assimilées sous la lumière de la directive du 23 juillet 1990*, *Dr. fisc.* 2002, n° 27, p. 991.

6. V. les commentaires de A. S. Cornette de Saint-Cyr et O. Rault, *JCP E* 2008, 1477 ; A. Lecourt, *Bull. Joly* 2008, p. 806, n° 174 ; D. Lencou et M. Menjucq, *D.* 2009, p. 886 ; H. Le Nabasque, *Rev. sociétés* 2008, p. 493 La loi a été complétée par deux décrets du 31 oct. 2008 relatifs à la participation des salariés et un décret du 5 janv. 2009, cf. B. Lecourt in *Rev. sociétés* 2009, p. 203, La loi du 3 juillet 2008 a également aménagé le régime juridique des opérations purement nationales, D. Pubellier et M. Suru, *Simplifier n'est pas faire simple*, JCP E. 2008, 2501 ; A. Guenquant, *id.*, 1977.

674-1 Fusions transfrontalières ¹ ◇ Ces opérations sont désormais régies par les articles L. 236-25 à L. 236-32, R. 236-13 à R. 236-20 du code de commerce et les articles L. 2371-1 s. du code du travail. Le déroulement de la procédure est sur de nombreux points le décalque des dispositions du règlement sur la société européenne, de sorte que les textes nouveaux s'inspirent sur de nombreux points des articles L. 229-1 à L. 229-15 sur la SE (*supra*, n° 20-1).

Chaque société participant à une fusion transfrontalière reste soumise aux règles et formalités de l'État dont elle relève en cas de fusion nationale, en particulier pour ce qui concerne la protection des porteurs de valeurs mobilières, des salariés et des créanciers. L'opération a pour effet la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. La fusion obéit à un régime simplifié lorsque la société absorbante détient la totalité du capital ou des droits de vote de la société absorbée.

Sont autorisées à participer à ces fusions les SA, les commandites par actions, les SE immatriculées en France, les SARL et les SAS. Pour ce qui concerne les sociétés ressortissant du droit d'un ou plusieurs autres États membres, il s'agit des sociétés de forme équivalente aux sociétés de droit français concernées (art. L. 236-25). L'organe de gestion, d'administration ou de direction de chacune des sociétés participant à l'opération doit établir un rapport écrit qui est mis à la disposition des associés (art. L. 236-27, al. 1^{er}). Après avoir procédé à la vérification prévue à l'article L. 236-6, le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société participant à l'opération est immatriculée doit délivrer une **attestation de conformité** des actes et des formalités préalables à la fusion (art. L. 236-29 ; R. 236-19). Le **contrôle de la légalité** de l'opération est effectué, pour la partie relative à la réalisation de la fusion et celle relative à la constitution de la société nouvelle issue de la fusion, par un notaire ou par le greffier du tribunal dans le ressort duquel la société issue de la fusion sera immatriculée. Le notaire ou le greffier contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet de fusion dans les mêmes termes et que les modalités relatives à la participation des salariés ont été fixées conformément à la législation du travail (art. L. 236-30).

La fusion transfrontalière prend **effet**, s'il y a création d'une société nouvelle, conformément à l'article L. 236-4. Dans le cas le plus fréquent, celui de la transmission à une société existante, tout dépend des prévisions du contrat, sans toutefois pouvoir être antérieure au contrôle de légalité, ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la société bénéficiaire. Les nullités de ces opérations seront exceptionnelles car elles ne peuvent pas être prononcées après la prise d'effet de l'opération (art. L. 236-31).

Seront envisagées dans ce chapitre, qui traite des fusions internes, les conditions de ces opérations (section 1), leur réalisation (section 2) et leurs effets (section 3), en présentant essentiellement la plus fréquente d'entre elles, la fusion-absorption entre sociétés anonymes ².

1. Cf. A. Charvériat, *BRDA* n° 12-2008, p. 17, A. Guengant, *JCP E* 2008, 2000.

2. B. Caillaud et A. Bonnasse, *Les fusions faisant intervenir des sociétés de personnes*, *JCP E* 1998, p. 595. V. pour un aperçu des opérations et le calendrier, E. Buttet, *Bull. Joly* 1988, p. 731.

SECTION 1. LES CONDITIONS

675 Caractéristiques ◇ Les opérations de fusion et de scission peuvent être réalisées entre des sociétés de forme différente (art. L. 236-2, al. 1) ¹. Et il est admis qu'une société même dissoute peut participer à une fusion ou se scinder, à condition qu'il n'ait été procédé à aucune répartition d'actif entre les associés (art. L. 236-1, al. 3).

Ces opérations ² sont décidées, par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts ³ et, si l'opération comporte la création de sociétés nouvelles, chacune de celles-ci doit être constituée selon les règles propres à la forme de société adoptée (art. L. 236-2, al. 2 et 3). Mais avant d'en arriver là, se déroule une longue **phase préparatoire**, qui débute dans le plus grand secret ⁴ entre quelques dirigeants des sociétés concernées qui se rencontrent généralement, si les sociétés n'ont pas déjà des liens entre elles, à l'initiative de filiales de banques spécialisées dans le rapprochement entre entreprises, ou de cabinets de « marieurs d'affaires » ⁵. Toute indiscretion pourrait faire échouer l'opéra-

1. Une fusion est également possible entre associations, cf. par. ex. CJCE 23 avr. 1986, *D.* 1987, p. 77, V. Constantinesco et D. Simon.

2. Le plus souvent, les fusions ne mettent en présence que deux sociétés. Mais, parfois, peuvent se réaliser des **fusions triangulaires** : il y a alors fusion de la société cible et d'une filiale du groupe acquéreur avec rémunération des actionnaires de la cible par remise de titres de la société mère du groupe. Sur ces fusions triangulaires, cf. Ph. Derouin, *Bull. Joly* 2008, p. 1026, n° 219.

3. La décision de fusion ou de scission ne doit pas être entachée de fraude ou d'abus de droit. On imagine volontiers que des actionnaires minoritaires de la société absorbée, par exemple, se plaignent de la parité d'échange qui leur est offerte et qu'ils allèguent un abus de majorité, cf. Com. 7 juill. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 315, J. Hémar ; Versailles 1^{er} oct. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 955, n° 291 ; 1987, p. 28, n° 8, P. Le Cannu ; JCP E 1987, 16342, A. Viandier et J.-J. Caussain (refusant d'annuler un traité de fusion pour abus de majorité malgré la parité d'échange inéquitable, le préjudice subi n'étant pas suffisamment important) ; Douai 7 juill. 1994 (fusion *Pinault-Printemps/Redoute*) ; *Bull. Joly* 1994, p. 994, n° 265, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1994, p. 713, D. Randoux (contestation par les minoritaires de l'absorbée, filiale de l'absorbante). Cf. sur les recommandations faites par le *Rapport Lepetit* en faveur des minoritaires, M. Germain et M.A. Frison-Roche, *Rev. dr. bancaire* janv. 1997, p. 29 ; R.M. JO déb. Sénat 13 nov. 1997, p. 3143, *Bull. Joly* 1997, p. 1057, n° 380. En cas d'infraction pénale commise par les dirigeants de la société absorbée, voyez sur l'action civile des associés de l'absorbante, Crim. 2 avr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 969, n° 299, J.-F. Barbieri. Pour un exemple où la question de l'abus de droit (sur cette notion, *supra* n° 52-1) s'est posée en droit fiscal, CAA Douai 22 mai 2001, *SA Établissement Alfred Dupont, RJF* 11/01, n° 1425 (une société qui procède, à la clôture de l'exercice précédant son absorption, à la réévaluation libre de son bilan et compense les plus-values constatées par l'utilisation de déficits reportables de telle façon que la société absorbante ne devra s'acquitter d'aucune imposition sur les plus-values, n'a pas procédé à un montage dont le but exclusif aurait été d'échapper à ses propres impositions et ne commet donc pas d'abus de droit).

4. H. Dubout, *Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprises*, *Bull. Joly* 1992, p. 722, n° 235 ; F.D. Poitral, *Fusion-acquisition, La responsabilité en cas de rupture de négociations*, *Banque*, 1993, p. 44 ; J.-Y. Trochon et J.-M. Loncle, *Les risques juridiques inhérents aux pourparlers dans les rapprochements d'entreprises*, *Petites Affiches*, 2 sept. 1996.

5. Colloque DESS. Droit des Affaires et fiscalité Paris II, *Les responsabilités des intervenants dans les rapprochements d'entreprises*, n° spéc. *Petites Affiches* 5 avr. 1995 ; J. Prieur, B. Monassier et alii,

tion envisagée en provoquant des réactions des salariés ou des syndicats, des spéculations boursières effectuées par certains initiés...

Si un accord peut être trouvé, il débouche généralement sur la signature d'un document que la loi ignore mais que les praticiens désignent sous le nom de **protocole** ¹. Ce protocole manifeste la volonté d'union des parties, indique les conditions financières de l'opération, et la situation réservée pour l'avenir aux dirigeants des sociétés concernées ² ainsi qu'à leurs principaux collaborateurs. La question la plus délicate concerne évidemment la fixation des conditions financières (§ 1) qui déterminent le rapport d'échange des titres, puisque les actionnaires de la société absorbée vont, en échange de leurs actions, recevoir des actions de la société absorbante. Une fois ces conditions financières établies, il conviendra d'arrêter le **projet** de fusion ou de scission (§ 2) qui seul a valeur juridique.

§ 1. Les conditions financières

La fixation du rapport d'échange des titres suppose qu'auparavant ait été déterminée avec autant de précision que possible la valeur économique des sociétés concernées.

676 Évaluation des sociétés ³ ◇ Le législateur, avec beaucoup de sagesse, n'a pas voulu fixer de règles précises concernant les méthodes d'évaluation, laissant ce soin aux professionnels. Ces opérations sont complexes et on ne peut fixer ni des règles trop rigides, ni des méthodes uniformes, qui pourraient être difficiles à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre du but recherché de protection des associés et des tiers ⁴.

Les méthodes d'évaluation sont diverses. Elles combinent la valeur mathématique, la valeur liquidative, la valeur de rendement (en capitalisant par exemple les dividendes distribués), la valeur boursière... (sur ces différentes valeurs, voir *supra*, n° 277). Les sociétés font en sorte de se référer à des comptes arrêtés à une même date, qui est généralement celle de la clôture du dernier exercice. Ces critères « objectifs » ⁵ doivent être pondérés pour tenir compte d'éléments plus subjectifs : complémentarité et synergies entre les

Les missions des professionnels dans les opérations de fusions-acquisitions, Actes pratiques Dr. sociétés n° 20-1995 ; sur la responsabilité du banquier, Com. 3 oct. 1995, RJDA 1996, p. 78, n° 91.

1. G. Baudeu, *Protocoles et traités de fusion*, Litec 1968.

2. V. T. com. Nantes 31 janv. 1974, *Rev. sociétés* 1974, 727, J.-J. Burst. Ces garanties données aux dirigeants peuvent les conduire à être moins vigilants dans la sauvegarde des droits des minoritaires, qui, s'ils estiment le rapport d'échange défavorable, ne manqueront pas d'invoquer un abus de majorité.

3. M.-C. Bergerès, *Fusions et opérations assimilées, La théorie du prix d'acquisition, Dr. fisc.* 2002, n° 30-31, p. 1097.

4. R.M. JO déb. AN 5 avr. 1975, p. 1080 ; *Rev. sociétés* 1975, 333.

5. Cf. J.-P. Bouère, *Faut-il remettre en question la pratique actuelle de la comptabilisation des fusions ?* Bull. Joly 1995, p. 933, n° 345.

sociétés, arrivée de nouveaux dirigeants, mise en place d'un « management » plus dynamique, accès plus facile au marché financier...

La Commission des opérations de bourse a cependant publié des recommandations ¹ du plus grand intérêt, même pour les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne :

- Sauf cas exceptionnel, l'emploi de plusieurs critères paraît nécessaire sans que leur nombre soit excessif ni de nature à compliquer inutilement le calcul de la parité d'échange et son appréciation par les actionnaires.

- Ces critères doivent être tels qu'ils représentent bien chacun une approche différente du problème et ne fassent pas double emploi entre eux.

- Lorsque les mêmes critères sont utilisés pour comparer les sociétés en cause, les méthodes d'emploi de ces critères doivent en principe être homogènes (par exemple la moyenne des cours de bourse doit être calculée sur la même période, la valeur intrinsèque doit être établie sur les mêmes bases pour la société absorbante et la société absorbée) ².

- Les critères retenus doivent être significatifs.

C'est ainsi que le critère de rentabilité doit éliminer des résultats les éléments exceptionnels ; l'actif net ne peut pas être considéré comme significatif si les états comptables n'ont pas fait l'objet de vérifications permettant de s'assurer de leur fiabilité et de leur comparabilité ; la capitalisation boursière n'est pas un critère significatif si les négociations ne sont pas régulières et ne portent pas sur un nombre de titres suffisamment important ; les résultats prévisionnels ne peuvent être pris en compte que s'ils portent sur une période relativement courte... ³.

Pour l'AMF, les abattements forfaitaires, les moyennes, les ratios ou, sauf justification pertinente, les coefficients de pondération ne sont pas justifiés dans la recherche d'une parité équitable et sont à écarter comme de nature à fausser l'appréciation des actionnaires. « *Ces procédés tendent en fait à priver l'actionnaire de son pouvoir d'appréciation en lui présentant comme une certitude inattaquable donnée par un calcul mathématique ce qui n'est, en réalité, que le résultat d'un choix délibéré ou d'une négociation* » ⁴.

1. Bull. COB n° 95, juill.-août 1977, p. 3 ; Rev. sociétés 1977, p. 754 ; Ch. Pinoteau, *Au sujet des dernières recommandations de la COB sur la rémunération des apports en nature dans les opérations de fusion, scission ou apport partiel d'actif*, JCP CI 1978, 12633. V. également la fiche pédagogique élaborée par la COB sur les droits des actionnaires dans une opération de fusion, Bull. COB n° 295, oct. 1995, p. 19 ; Bull. CNCC n° 100-1995, p. 495.

2. Paris 17 janv. 1972 (fusion Citroën-Panhard et Levassor), RTD com. 1972, p. 421, n° 30, obs. R. Houin ; JCP 1972, II, 17283, J.-J. Burst.

3. Bull. COB préc., p. 21.

4. Id., p. 22. Sur la réserve des juges à s'immiscer dans les évaluations, Paris 13 nov. 1990, Rev. sociétés 1991, p. 137, Y.G. ; Rev. dr. bancaire 1991, p. 102, M. Jeantin et A. Viandier ; Douai 7 juill. 1994 (fusion Pinault-Printemps/Redoute) Bull. Joly 1994, p. 994, n° 265, P. Le Canu ; Rev. sociétés 1994, p. 713, D. Randoux ; Paris 16 janv. 1996, Bull. Joly 1996, p. 500, n° 170, A. Couret ; Dr. sociétés 1996, n° 85, D. Vidal (fusion Matra/Hachette) et le pourvoi rejeté par Com. 3 juin 1998, JCP E 1998, p. 1304, A. Viandier et J.-J. Caussain. Comp. cependant Cons. const. 26 juin et 18 sept. 1986, Rev. sociétés 1986, 606, Y. Guyon.

677 Rapport d'échange ◇ La parité d'échange ne peut être dans la plupart des cas que le résultat d'un compromis à la fin d'une négociation entre les sociétés intéressées, ce qui incite parfois certains actionnaires minoritaires à soutenir qu'ils ont été lésés (*supra*, n° 675).

La valeur globale attribuée à chaque société doit être divisée par le nombre de titres composant le capital ¹. Est ainsi dégagée une valeur unitaire pour chaque titre. La comparaison de la valeur des titres de chaque société donne une parité théorique d'échange.

Soit ² une société A au capital de 1 320 000 € divisé en 3 300 actions de 400 €, qui absorbe une société B au capital de 260 000 € divisé en 520 actions de 500 €. Les différentes estimations des deux sociétés ont abouti aux résultats suivants : société A = 4 950 000 € ; société B = 1 147 640 € ; soit :

— valeur de l'action A : 1 500 €

— valeur de l'action B : 2 207 €

Le rapport théorique d'échange s'établit à $1\,500/2\,207 = 0,67$.

Pour des raisons pratiques, le rapport de 0,65 est finalement retenu. C'est dire que 6,5 actions de la société B permettront de recevoir 10 actions de la société A ; ou 13 actions de la société B, 20 de la société A. Pour rémunérer les actionnaires de la société B, la société A devra donc créer : $520 \text{ actions} \times 10/6,5 = 800$ actions nouvelles.

Les actionnaires de la société B qui ne possèdent pas exactement 13 actions ou un multiple de 13 devront acheter ou vendre des droits formant rompus ³.

Si la valeur réelle des titres de la société absorbante est supérieure à leur montant nominal, la différence entre la valeur des biens apportés et le montant de l'augmentation du capital réalisée par la société absorbante doit être portée au passif du bilan à un compte de « *prime de fusion* » analogue à

1. Rapp. S. Sylvestre, *Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ?* Bull. Joly 2002, p. 1003, n° 222.

2. Exemple tiré de l'examen de notaire, 3^e valeur (sept. 1986). V. corrigé détaillé par G. Morin, *Défrenois* 1987, 1^{re} partie, art. 33930, p. 533.

3. Si la parité de 0,60 pouvait être adoptée, 3 actions de la société B permettraient de recevoir 6 actions de la société A, ce qui poserait moins de problèmes de rompus. Mais si la « fourchette » à l'intérieur de laquelle doit se situer la parité est trop étroite, d'autres procédés sont envisageables pour diminuer la négociation des rompus : achat par l'une ou l'autre des sociétés de ses propres actions pour réduire le capital et procéder à une annulation des actions excédentaires (art. R. 225-156) renonciation par un actionnaire de la société absorbée à exercer ses droits sur quelques titres, versement d'une soulte dans la limite de 10 % de la valeur nominale des droits attribués (art. L. 236-1, al. 4 ; Annexe II CGI, art. 301 F). L'ordonnance du 24 juin 2004 a prévu que dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, l'AGE des actionnaires ayant autorisé une fusion ou une scission pourra décider qu'à l'issue d'une période qui ne pourra excéder 30 jours, à compter de la plus tardive des dates d'inscription au compte des titulaires des droits du nombre entier d'actions attribuées, une vente globale des actions non attribuées correspondant aux droits formant rompus aura lieu en vue de la répartition des fonds entre les intéressés (art. L. 228-6-1 et R. 228-13). C'est une simplification importante qui a été apportée pour régler le sort des rompus.

la prime d'apport créée à l'occasion d'une augmentation de capital (*supra*, n° 564).

Si la société absorbante détient une fraction du capital de la société absorbée, ce qui est une situation classique, elle ne peut se voir attribuer ses propres actions en échange de sa participation dans la société absorbée (*cf.* art. L. 236-3-II). La société absorbante va donc limiter sa propre augmentation de capital à la création des droits sociaux nécessaires à la rémunération des associés de la société absorbée autres qu'elle-même (fusion-renonciation) ¹.

Si, au contraire, c'est la société absorbée qui détient une participation dans la société absorbante, qui est une société par actions, celle-ci a la faculté de conserver ses propres titres en portefeuille. Mais, si elle vient à détenir plus de 10 % de son capital, elle doit céder les actions excédentaires dans le délai de deux ans à compter de leur acquisition (art. L. 225-213) ².

Au cas où les sociétés absorbée et absorbante détiennent des participations réciproques, s'il n'est pas possible de faire application du régime de l'article L. 225-213 permettant aux sociétés par actions de conserver temporairement leurs propres actions, il conviendra en général de procéder à une fusion-renonciation et à une réduction de capital afin que la société absorbante ne devienne pas propriétaire de ses propres titres ³.

§ 2. Le projet de fusion ou de scission ⁴

678 Contenu ◇ Le projet de fusion ou de scission est arrêté par le conseil d'administration, le directoire ou les gérants de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion ou de scission projetée. Il fixe l'ensemble des conditions de réalisation de l'opération.

Il doit indiquer la forme, la dénomination et le siège de toutes les sociétés participantes ; les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission ; la désignation et l'évaluation de l'actif ou du passif transmis ; les modalités de remise des parts ou actions ; 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 des sociétés intéressées 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 ou de scission, les droits accordés aux associés

1. *Cf.* Mémento Lefebvre Sociétés commerciales n°s 26457 s. ; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *op. cit.*, n°s 847 s., *supra*, n° 672.

2. *Cf.* Mémento Lefebvre Sociétés commerciales n°s 26468 s. ; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, n°s 853 s.

3. *Cf.* Mémento Lefebvre Sociétés commerciales n°s 26474 s. ; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, n°s 856 s.

4. Sur la *nature juridique* et les *modalités d'enregistrement* de ce projet, Instr. 3 nov. 2003, BOI 7 A-2-03 (il en ressort que la principale caractéristique du projet de fusion est qu'il n'entre pas dans le champ d'application de la publicité foncière).

ayant des droits spéciaux ainsi que, le cas échéant, tous avantages particuliers (art. R. 236-1) ¹.

679 Publicité ◇ Le projet de fusion ou de scission, signé par le représentant de chacune des sociétés participant à l'opération, doit être communiqué aux comités d'entreprise pour information et consultation (art. L. 2323-19 C. trav.) ², puis déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège des sociétés absorbante et absorbée (ou scindée, art. L. 236-6, al. 2) ³. Il fait également l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales (art. R. 236-2) ainsi qu'au BALO si l'une des sociétés fait publiquement appel à l'épargne ⁴.

Le projet doit ensuite être soumis à l'approbation des associés des sociétés concernées ⁵.

§ 3. Le régime fiscal de la fusion et des opérations assimilées ⁶

679-1 Fusions et scissions ◇ Au regard du droit des sociétés, la fusion (ou la scission) emporte dissolution de la société absorbée (ou scindée) et apport à titre universel des éléments composant son patrimoine au profit d'une société (fusion) ou de plusieurs (scission).

Fiscalement, de telles opérations devraient ainsi se traduire, d'abord par une dissolution de la société absorbée ou scindée (*supra*, n° 127) ; ensuite, par une augmentation de capital (*supra*, n° 563) ou une constitution de sociétés (*supra*,

1. Lorsqu'un fonds de commerce est apporté, l'application des règles propres aux cessions de fonds de commerce est exclue, c'est ainsi qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices des trois dernières années (Paris 10 avr. 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 428, J.-J. Daigre). V. *infra*, n° 687.

2. TGI Paris 22 janv. 2008 (*Gaz de France*) BRDA n° 3-2008, p. 2. Sur la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise européen dans les groupes de dimension communautaire, cf. à propos de la même opération, Soc. 16 janv. 2008, BRDA n° 3-2008, p. 3.,

3. Com. 9 déc. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 399, n° 79, A. Couret (conséquences d'une publication irrégulière au greffe).

4. Cf. G. Berlioz, *Le droit à l'information en matière de fusion*, in *L'information en droit privé*, LGDJ 1978, p. 261. V. égal. *Bull. COB*, avr. 1998, p. 11.

5. La parité d'échange annoncée peut être modifiée par les assemblées, mais entre temps les actionnaires des sociétés absorbées ont pu vendre leurs actions à un cours qui avait baissé (v. à propos de l'absorption par Pernod-Ricard des sociétés, CDC. et Cusenier, *Bull. COB* janv. 1977, n° 89, p. 4).

6. M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés. Régime juridique et fiscal*, Groupe rev. fid., 6^e éd., 2008 ; D. Villemot, *Fiscalité des fusions acquisitions*, EFE, 3^e éd., 2006 ; *Mémento Fiscal*, n°s 3450 s ; Instr. 4 févr. 2000, BOI 4 I-1-00 ; 27 juin 2000, BOI 13 D-1-00 ; 3 août 2000, BOI 4 I-2-00 ; 26 mars 2001, BOI 4 I-1-01 ; 17 janv. 2002, BOI 4 I-1-02 ; 21 mai 2002, BOI 7 H-3-02 ; 21 août 2002, BOI 13 D-2-02 ; 25 oct. 2002, BOI 4 I-2-02 ; 4 déc. 2002, BOI 5 G-13-02 ; 2 juin 2003, BOI 13 D-1-03 ; 30 déc. 2005, BOI 4 I-1-05. Sur la fusion simplifiée par dissolution d'une filiale à 100 %, *supra* n° 116 ; sur les risques fiscaux engendrés par une « fusion-rapide », *supra* n° 281.

n° 28), selon que la société absorbante (ou les sociétés bénéficiaires) est une société déjà existante ou une société nouvellement créée. Le coût fiscal en serait prohibitif pour la société absorbée (ou scindée), principalement du fait de l'imposition des bénéfices d'exploitation et des plus-values d'actif non encore taxées, ainsi que du boni de liquidation.

Cependant, afin de ne pas entraver les restructurations d'entreprises, le législateur a introduit un régime de faveur ¹, en ce qui concerne les impôts directs, pour les sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés (art. 210-A s. CGI) ². La fusion (ou la scission ³) n'est alors plus considérée comme une disparition d'entreprise, mais comme une simple opération intercalaire sans incidence fiscale particulière, la société absorbée (ou scindée) poursuivant son activité au sein de la société absorbante ou des sociétés bénéficiaires ⁴.

1. D. Villemot, *La nouvelle définition des fusions et des scissions*, *Dr. fisc.* 2002, n° 25, p. 911 ; G. Damy, *La fiscalité des fusions et acquisitions de sociétés : étude synthétique pour une stratégie efficiente*, *Dr. fisc.* 2005, n° 14-15, p. 670. Les opérations de fusion et de scission sont définies par le droit fiscal (art. 210-OA-I, impôts directs, 301 B à 301 F, droits d'enregistrement, CGI ; Instr. 25 oct. 2002 et 4 déc. 2002 préc.), conformément à la réglementation communautaire, et incluent des opérations qui produisent les mêmes effets qu'une fusion (notamment les opérations de dissolution sans liquidation visées à l'art. 1844-5 C. civ, *supra* n° 116) ainsi que certaines opérations transfrontalières et étrangères, dès lors que celles-ci constituent des fusions ou des scissions au sens de la loi fiscale française, quelle que soit leur appellation dans les États concernés. Sont exclues du bénéfice de ce régime de faveur (en matière d'impôts directs) les opérations réalisées par des sociétés dont le siège est situé dans un État ou un territoire n'ayant pas conclu une convention fiscale avec la France contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale (art. 210-OA-II CGI). Le juge fiscal considère, conformément à la jurisprudence communautaire, que la directive « fusions » (*supra* n° 19) est inapplicable aux opérations purement françaises : CAA Nancy 28 avr. 2005, *Option finance* 30 mai 2005, n° 836, p. 30, obs. P. Lefèvre-Péaron ; égal., mais implicitement, CE 15 oct. 2004, *SARL Maingret transports*, *Dr. soc.* 2005, n° 21, obs. J.-L. Pierre.

2. Le régime de droit commun reste cependant intéressant si la société absorbée ou scindée est déficitaire, ce déficit ne pouvant être transféré à la société bénéficiaire, sauf octroi d'un agrément administratif de droit (art. 209-II CGI ; Instr. 21 août 2002 préc. ; Instr. 30 déc. 2005 préc.). En revanche, il est possible de procéder, à la condition que l'opération ne soit pas fictive, à une *fusion dite « à l'envers »*, qui consiste à faire absorber la société bénéficiaire par la société déficitaire, les déficits de cette dernière, société alors absorbante, restant reportables (CE 21 mars 1986, *Auriège*, *Dr. fisc.* 1986, n° 31, comm. 1446 ; *RJF* 5/86, n° 470 ; Instr. 21 août 2002 préc. ; à nuancer, CAA Paris 18 juin 2007, *SA Décorative Ouest*, *RJF* 12/07, n° 1390 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 52, comm. 1085). Sur la gestion fiscale des déficits, C. David, J. Ph. Dom et J.-C. Parot, *Gestion fiscale des déficits et restructuration des sociétés* (1^{re} partie), *Dr. sociétés*, *Actes prat.* sept./oct. 2000, p. 6, (2^e partie), *Ibid.* nov.-déc. 2000, p. 5.

3. Les scissions (art. 210-OA-I 2° et 3° CGI) bénéficient de plein droit du régime de faveur des fusions aux conditions suivantes (art. 210-B-1 CGI) : que la société scindée comporte au moins deux branches d'activité (sur cette notion, *infra*, n° 679-2), que les sociétés bénéficiaires reçoivent chacune une ou plusieurs de ces branches d'activité et enfin que les associés importants de la société scindée s'engagent à conserver pendant trois ans les titres de chaque société bénéficiaire (sur cette dernière condition, v. Instr. 4 févr. 2000 et 25 oct. 2002 préc.). Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le régime spécial peut éventuellement être accordé sur agrément de droit (art. 210-B-3 CGI ; Instr. 27 juin 2000 préc.).

4. Sur la question de la *valorisation des apports* : les opérations doivent obligatoirement être effectuées, soit à la valeur comptable si elles sont réalisées entre sociétés placées sous contrôle commun (réglementation applicable en matière de comptes consolidés), soit à la valeur réelle si elles font intervenir des sociétés sous contrôle distinct (règlement du Comité de la réglementation

Au regard de la société absorbée (ou scindée), les bénéfices réalisés avant la fusion (ou la scission) et non encore taxés deviennent immédiatement imposables ¹. En revanche, seules les provisions devenues sans objet (art. 210-A-2 CGI) sont taxées ². Par ailleurs, les plus-values, sous conditions, ne sont pas immédiatement imposables (art. 210-A-1 CGI).

Au regard de la société absorbante (ou des sociétés bénéficiaires), compte tenu du caractère intercalaire de la fusion (ou de la scission), celle-ci ne subit pas d'imposition immédiate particulière, mais elle doit reprendre certaines obligations jusque-là supportées par la société absorbée (ou scindée), concernant les inscriptions au bilan, la réintégration de bénéfices et de plus-values et le calcul des plus-values ultérieures afférentes aux éléments non amortissables (art. 210-A-3 CGI) ³.

Au regard des associés de la société absorbée ⁴, le boni de fusion ⁵ qui résulterait de l'attribution gratuite des titres représentatifs de l'apport n'est pas considéré comme une distribution de revenus de capitaux mobiliers et il est donc exonéré de l'impôt sur

comptable n° 2004-01, homologué par arrêté du 7 juin 2004). D. Villemot et W. Bordet, *La valorisation des apports*, *Dr. fisc.* 2004, n° 25, p. 1016 ; D. Villemot, *Présentation du rapport d'étape du groupe IAS/Fiscalité*, *Dr. fisc.* 2005, n° 16, ét. n° 15, p. 765. CE 8 juin 2005, *SAS Sofinad et Selafo Kremer-Bedard-Raynal* : *RJF* 8-9/05, n°s 885 et 923. Avis 2005-C, du 4 mai 2005, du Comité d'urgence du Conseil national de la comptabilité : *FR Lefebvre* 35-05, p. 19 ; Instr. 30 déc. préc. ; D. Villemot, *La nouvelle instruction fiscale sur le régime des fusions*, *Dr. fisc.* 2006, n° 4, ét. 3, p. 190.

1. Il faut toutefois réserver le cas dans lequel une clause de rétroactivité aurait été stipulée dans le contrat de fusion, les bénéfices étant alors rattachés à ceux de la société absorbante (sur la neutralisation des opérations réalisées pendant la période intercalaire, Instr. 3 août 2000 préc.). J. Paillusseau, *La rétroactivité des opérations de fusion : d'une conception juridique « light » à une conception fiscale « lourde »*, *JCP E* 2000, p. 1557 ; D. Villemot, *Effet rétroactif ou différé des fusions, scissions et apports partiels d'actif*, *Dr. fisc.* 2001, n° 24, p. 897. CAA Paris 22 déc. 2006, *Chambourcy*, *RJF* 4/07, n° 404 (prise en compte par l'absorbante de l'ensemble des résultats dégagés par l'absorbée pendant la période intercalaire). Sur l'absence d'incidence du caractère rétroactif de l'impôt sur la fusion, CE 4 août 2006, *SA Financière de l'Erbale*, *RJF* 11/06, n° 1331 ; 6 août 2008, *Sté Barklays Bank PLC*, *RJF* 11/08, n° 1173. Plus généralement, sur l'appréhension par le droit fiscal de la rétroactivité, O. Debat, *La rétroactivité et le droit fiscal*, préf. P. Serlooten, 2005, *Defrénois*.

2. Les provisions constituées irrégulièrement par les sociétés absorbées ne donnent pas lieu à redressement du résultat de la société absorbante : CE 26 févr. 2003, *Sté Laboratoire 3M Santé*, *RJF* 5/03, n° 547 ; *Dr. fisc.* 2003, n° 25, comm. 471.

3. CE 6 juin 2008, *SA Gustave Muller*, *RJF* 10/08, n° 1058 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 39, comm. 507 : les détournements de fonds opérés au sein de la société absorbée (*supra* n° 416) sont par nature des pertes de la société absorbante et non des déficits de la société absorbée ; dans le même sens, CE 27 juin 2008, *Sté Progemo*, *RJF* 11/08, n° 1166. CAA Nantes 3 mars 2008, *Caisse d'épargne et de prévoyance des Pays de la Loire*, *RJF* 8-9/08, n° 940 : imputation sur les plus-values à long terme de la société absorbante de celles subies par la société absorbée au cours d'exercices antérieurs.

4. Sauf exceptions, les associés de la société absorbante ne subissent pas directement les conséquences de la fusion ou de la scission.

5. Sur l'éventualité d'un *mali* de fusion, M.-C. Bergerès, *Le mali de fusion*, *Dr. fisc.* 2002, n° 14, p. 576. Égal., CE 25 avr. 2003, *Sté Laboratoire Merck Clévenot*, *RJF* 7/03, n° 822 ; *Dr. fisc.* 2003, n° 50, comm. 887 (principe de déductibilité du *mali* de fusion) ; CAA Lyon, 1^{er} juill. 2004, *SA Sodialim*, *Dr. fisc.* 2005, n° 36, comm. 573 (non déductibilité, en sus du mali de fusion, de la perte subie par la société absorbée pendant la période de rétroactivité). Il convient de distinguer (art. 209-II bis CGI) entre le « vrai mali », qui constitutif d'une charge déductible, et le « faux mali » ou « mali technique », également déductible si l'opération de restructuration n'est pas placée sous le régime de faveur mais sous le régime de droit commun.

le revenu (art. 115-1 et 159-2 CGI) ¹. En outre, la plus-value qui peut être dégagée lors de l'échange des titres bénéficie le plus souvent d'un sursis d'imposition ².

Par ailleurs, en ce qui concerne les droits d'enregistrement, l'opération de fusion (ou de scission) n'est que très faiblement taxée : seul un droit fixe de 375 € ou 500 € est perçu ³.

Enfin, en ce qui concerne la TVA, les apports qui entrent dans son champ d'application (stocks, certains biens immobiliers) en sont néanmoins exonérés, à la condition que la société absorbante (ou les sociétés bénéficiaires) s'engage à procéder ultérieurement, si besoin est, à certaines régularisations (art. 257 bis CGI ⁴).

679-2 Apports partiels d'actif ⁵ ◇ Au regard du droit des sociétés, l'apport partiel d'actif n'emporte pas dissolution de la société apporteuse, puisqu'elle ne se dessaisit que d'une partie de son patrimoine.

Fiscalement (art. 210-B-1 CGI) ⁶, en ce qui concerne les impôts directs, le régime de faveur des fusions, au regard de l'imposition des bénéfices, est également accordé sans agrément aux apports partiels d'actif, à savoir ceux :

– portant sur une branche complète d'activité susceptible de faire l'objet d'une exploitation autonome chez la société apporteuse comme chez la société bénéficiaire de l'apport ;

1. Article 210-B-2 CGI, en ce qui concerne les scissions.

2. Art. 150-OB (en ce qui concerne les particuliers) et 38-7 (en ce qui concerne les entreprises) CGI. Sur les conséquences d'un échange de titres déjà en sursis d'imposition d'une première plus-value, TA Paris 24 avr. 2006, *Dussart Kampf*, *Dr. fisc.* 2007, n° 23, comm. 567.

3. Articles 816 CGI (quant aux fusions) et 817-I (quant aux scissions) CGI. Ce régime de faveur, relatif aux droits d'enregistrement, s'applique également aux opérations ne bénéficiant pas du régime de faveur relatif à l'impôt sur les bénéfices. Par ailleurs, la directive « fusions » précitée n'impose aucune obligation quant au montant des droits d'enregistrement : Com. 26 mai 2004, *SARL Lubéron Santé*, *Dr. fisc.* 2004, n° 42, comm. 773. Sur les modalités d'enregistrement des projets de fusion de sociétés, *supra* n° 678.

4. Instr. 20 mars 2006, BOI 3 A-6-06. Les frais de conseil exposés par une entreprise à l'occasion d'une opération de restructuration de son activité taxable, sont en lien direct avec l'ensemble de son activité économique taxable et la TVA y afférente est déductible (alors pourtant que la cession de titres ne constitue pas une opération taxée ouvrant droit à déduction) : CAA Versailles 14 mai 2008, *SA Aventis animal nutrition*, *RJF* 10/08, n° 1070 ; *Dr. fisc.* 2008, n° 25, comm. 386 ; Y. Sérandour, *Le régime de TVA des opérations d'apport-cession*, *Dr. fisc.* 2008, n° 29, comm. 214.

5. M. Cozian, *Le régime fiscal applicable aux apports partiels d'actif*, *Bull. Joly* 1993, p. 7, n° 1 ; J.-P. Casimir et M. Chadeaux, *Apport partiel d'actif et branche complète d'activité ou la difficulté d'obtenir un passeport pour la dispense d'agrément*, *Rev. fr. compt.* 1997, n° 291, p. 31 ; Y. de Givré, *La notion de « branche complète d'activité » dans les opérations d'apport partiel d'actif et de scission*, *Dr. fisc.* 1997, n° 22, p. 705.

6. Directive communautaire du 23 juill. 1990, n° 90/434/CEE (modifiée par la directive 2005/19/CE du 17 févr. 2005, *JOUE*, n° L 58, 4/3/05, p. 19) ; R.M. JO AN 17 mars 1997, p. 1347. CJCE 15 janv. 2002, *Andersen og Jensen ApS*, *RJF* 4/02, n° 458 ; *Dr. fisc.* 2002, n° 28, comm. 602 ; CE 15 nov. 2006, *SA Dosim France*, *RJF* 2/07, n° 134 ; 14 janv. 2008, *Torelli*, *Dr. fisc.* 2008, n° 16, comm. 284. Est également assimilé à l'apport d'une branche complète d'activité celui de participations portant sur plus de 50 % du capital de la société apporteuse, voire 30 % de ce capital, sous certaines réserves (art. 210-B-1-b al. 6 CGI, DA 4 I-2211, n°s 15 et 16 ; Instr. 3 août 2000 et 25 oct. 2002 préc.).

- opérant un transfert complet des éléments essentiels de l'activité tels qu'ils existaient dans le patrimoine de la société apporteuse ;
- opérant ce transfert dans des conditions permettant à la société bénéficiaire de l'apport de disposer durablement de tous ces éléments.

En outre, la société apporteuse doit prendre l'engagement de conserver au moins trois ans les titres reçus en échange et la société bénéficiaire, de son côté, doit prendre celui de calculer les plus-values ultérieures sur la cession des titres par référence à la valeur que les biens apportés avaient dans les écritures de la société apporteuse ¹.

À défaut, l'apport partiel d'actif peut en théorie bénéficier également du régime de faveur, sur obtention d'un agrément administratif « objectif » (art. 209-II CGI) ².

Au regard de l'imposition des associés de la société apporteuse, l'attribution gratuite des titres n'est pas considérée non plus comme une distribution de revenus de capitaux mobiliers si elle intervient dans l'année de l'apport (art. 115-2 CGI) ³.

En ce qui concerne les droits d'enregistrement, seul est dû le droit fixe de 375 € ou 500 €, à la condition que l'apport concerne effectivement une branche complète d'activité ou si l'opération est agréée (art. 817-I, 817 B et 301-E Ann. II CGI) ⁴.

1. Sur ce délai de trois ans. v. Instr. 4 févr. 2000 préc. Le non-respect de cet engagement entraîne la déchéance rétroactive du régime de faveur, la plus-value d'apport devenant imposable au titre de l'exercice d'apport (art. 210 B 1-b al. 6 CGI). Sur le maintien du régime de faveur, concernant un apport partiel d'actif (ou une scission), en cas d'apport des titres grevés de l'engagement de conservation de trois ans dans le cadre d'une opération de restructuration ultérieure placée également sous le régime de faveur (art. 210-B-bis CGI, Instr. 4 févr. 2000 préc.) ou lors de l'absorption de la société bénéficiaire de l'apport (DA 4 I-2212, n°s 15 et 16). Pour le cas de l'absorption de la société apporteuse par la société bénéficiaire de l'apport, R.M. JO AN, 3 janv. 2000, p. 62.

2. V. Instr. 27 juin 2000 et 3 août 2000 préc.

3. Cette durée d'un an est inconciliable avec celle des trois ans concernant l'imposition des bénéfices et l'obtention de l'agrément de droit paraît alors indispensable (Instr. 2 juin 2003 préc.).

4. Ce régime de faveur, qui vaut aussi bien pour les apports à titre pur et simple que pour les apports à titre onéreux (*supra* n° 34-1), ne nécessite pas l'engagement de conserver les titres pendant trois ans. Si les conditions pour l'obtention du régime de faveur ne sont pas remplies, le droit fixe est dû ainsi que les droits de mutation sur les éventuels apports à titre onéreux (*supra*, n° 34-1), sauf obtention d'un agrément (Instr. 2 juin 2003 préc. ; 10 févr. 2006, BOI 13 D-1-06 ; 4 janv. 2007, BOI 7 H-1-07). La branche d'activité doit répondre aux mêmes conditions que celles exigées en matière d'impôts directs, notamment concernant l'exigence d'autonomie : Com. 20 mai 2008, *Sté Savipol*, RJF 10/08, n° 1127.

Tableau synthétique de la fiscalité des opérations de restructuration

	FUSION	SCISSION	APPORT PARTIEL D'ACTIF
RÉGIME DE DROIT COMMUN	• Impôts directs dissolution de la société absorbée ^(a) • Droits d'enregistrement droit fixe	• Impôts directs dissolution de la société scindée • Droits d'enregistrement droit fixe	• Impôts directs « dissolution » de la branche apportée • Droits d'enregistrement — droit fixe — droits de mutation à titre onéreux
RÉGIME DE FAVEUR	• Impôts directs — Sociétés : Plus-values : sursis d'imposition Provisions justifiées non taxées — Associés : Revenus mobiliers : exonération Plus-values : sursis d'imposition • Droits d'enregistrement droit fixe	• Impôts directs — Sociétés : Plus-values : sursis d'imposition Provisions justifiées non taxées — Associés : Revenus mobiliers : exonération Plus-values : sursis d'imposition • Droits d'enregistrement droit fixe	• Impôts directs — Sociétés : Plus-values : sursis d'imposition Provisions justifiées non taxées — Associés : Revenus mobiliers : exonération éventuelle Plus-values : sursis d'imposition • Droits d'enregistrement droit fixe

(a) Sur le régime fiscal de la dissolution de société, *supra* n° 127.

SECTION 2. LA RÉALISATION

La réalisation de l'opération dépend de l'accord des associés des sociétés concernées. Afin que les associés puissent se prononcer en toute connaissance de cause, l'intervention de **commissaires à la fusion** s'impose, sauf si l'unanimité des actionnaires participant à l'opération en décide autrement (art. 236-10, I et II nouv.).

Nous plaçant toujours pour l'essentiel dans le cadre d'une opération de fusion-absorption entre sociétés anonymes, nous envisagerons successivement la situation de la société absorbée et celle de la société absorbante.

680 Commissaires à la fusion ¹ ◇ Un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par le président du tribunal de commerce statuant sur requête,

1. A. Viandier, *Le commissaire à la fusion, Économie et comptabilité*, juin 1988, p. 3. Lorsqu'une SNC est absorbée par une SA, les textes n'imposent pas la désignation d'un commissaire à la fusion

établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion (ou de la scission) (art. L. 236-10, R. 236-6, al. 1). Le plus souvent, dans la pratique, les sociétés qui participent à la même opération demandent la désignation du même, ou des mêmes commissaires à la fusion en vue de l'établissement d'un seul rapport (art. R. 236-6, al. 2).

Cependant, les actionnaires des sociétés participant à l'opération peuvent décider à l'unanimité de ne pas faire désigner un commissaire à la fusion (art. L. 236-10, II nouv.) ¹.

Les commissaires à la fusion sont choisis parmi les commissaires aux comptes ou les experts inscrits sur les listes des cours d'appel (art. R. 236-6, al. 1 et R. 225-7). Ils sont soumis à l'égard des sociétés participantes aux mêmes incompatibilités que les commissaires aux comptes (art. L. 236-10-I) ; il en résulte que les commissaires aux comptes des sociétés impliquées ne peuvent pas être commissaires à la fusion puisqu'ils ne peuvent pas recevoir de rémunération à raison de fonctions autres que celles de commissaire aux comptes (art. L. 822-11, *supra*, n° 503).

La **mission** des commissaires consiste à vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable. Pour l'accomplissement de leur mission ils peuvent obtenir auprès de chaque société participante communication de tous documents utiles et procéder à toutes vérifications nécessaires. Le rapport des commissaires doit être mis à la disposition des actionnaires au siège social, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération (art. R. 236-3).

Le rapport doit indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé ; l'adéquation de ces méthodes à l'espèce et les valeurs auxquelles chacune d'elles a conduit ; les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe (art. L. 236-10-II nouv.).

Lorsque l'opération comporte des apports en nature ou des avantages particuliers, le commissaire à la fusion ou, s'il n'en a pas été désigné, un **commissaire aux apports** est désigné dans les conditions prévues à l'article L. 225-8 aux fins d'établir le rapport prévu à l'article L. 225-147 (art. L. 236-10, III nouv.).

681 **Société absorbée** ◇ La décision de fusion doit être décidée par l'assemblée générale extraordinaire dans les conditions requises pour les modifications

ou aux apports, Paris 21 sept. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 54, n° 9, J. P. Bouère ; *Dr. sociétés* 2002, n° 70, J. Monnet ; *Bull. CNCC* 2002, n° 125, p. 73, Ph. Merle.

1. Cette possibilité n'est envisageable que si les sociétés ne comptent que peu d'actionnaires. Ils doivent être consultés avant que ne commence à courir le délai exigé pour la remise du rapport préalablement à l'A G appelée à se prononcer sur le projet de fusion (art. L. 236-10, II, nouv.). Sur les difficultés occasionnées par cette réforme introduite par la loi du 3 juillet 2008, cf. D. Pubellier et M. Suru, *Simplifier, ce n'est pas faire simple*, préc. *JCP E* 2008, 2501.

statutaires (art. L. 236-2, al. 2) ¹. Elle est soumise à la ratification des assemblées spéciales des actionnaires de catégories différentes, s'il en existe (art. L. 236-9, al. 2).

Afin que les actionnaires soient parfaitement éclairés ², le conseil d'administration (ou le directoire) de chacune des sociétés participant à l'opération doit établir et mettre à leur disposition un rapport écrit sur l'opération envisagée (art. L. 233-9, al. 4). Le rapport doit expliquer et justifier 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 ³, qui doivent être concordantes pour les sociétés concernées, ainsi que, le cas échéant, les difficultés particulières d'évaluation (art. R. 236-5, al. 1).

Ce rapport doit être mis à la disposition des actionnaires, au siège social, un mois au moins avant la date de l'assemblée appelée à se prononcer, avec le projet de fusion, le ou les rapports du ou des commissaires à la fusion, les comptes annuels approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participant à l'opération ; un état comptable établi suivant les mêmes méthodes que le bilan annuel, si le projet est établi au cours du second semestre de l'exercice (cf. art. R. 236-3). Tout actionnaire peut obtenir sans frais, copie totale ou partielle de ces documents.

Au cas où l'opération proposée aurait pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires de l'une ou de plusieurs sociétés en cause, elle devrait être décidée à l'unanimité desdits associés ou actionnaires (art. L. 236-5 ; par ex. absorption d'une SARL par une société en nom collectif) ⁴.

(Sur la consultation des obligataires et des titulaires de titres participatifs qui leur sont assimilés, art. L. 236-7, v. *infra*, n° 691).

682 **Société absorbante** ◇ Un rapport sur la valeur des apports en nature et les avantages particuliers ⁵ est établi sous leur responsabilité par les commis-

1. Sur la possibilité d'obtenir à la majorité des deux tiers requise pour une fusion que les actionnaires d'une SA deviennent associés d'une SAS, alors que la transformation d'une SA en SAS nécessite l'unanimité, Versailles 27 janv. 2005 (*supra*, n° 595-6) ; D. Bert et T. Lakhdari, *L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption*, D. 2005, p. 1636.

2. V. sur la désignation d'un expert et le report de l'assemblée générale extraordinaire devant délibérer sur la fusion, en cas d'information insuffisante des actionnaires, Paris 14 juin 1988 (*Aux Trois Quartiers*), D. 1988, p. 505, A. Viandier. Comp. Paris 8 déc. 1988 *Rev. sociétés* 1989, p. 227, P. Le Cannu, refusant de reporter l'assemblée extraordinaire de la société absorbante (« *Au Bon Marché* ») ; Paris 28 déc. 1992 (*UTA*), *Bull. Joly* 1993, p. 434, n° 124, P. Le Cannu ; T. com. Roubaix (*Pinault-Printemps/La Redoute*) 6 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 651, n° 184, P. Le Cannu.

3. Aix-en-Provence 14 mars 1984, *BCNCC* 1984, p. 334, E. du Pontavice.

4. V. également sur la fusion d'une SA de type classique avec une SCOP, société à capital variable, Paris 24 nov. 1980, *Gaz. Pal.* 1981, I, 117, APS.

5. Sur la notion d'avantage particulier, cf. T. com. Roubaix 6 mai 1994 *Bull. Joly* 1994, p. 651, n° 184, P. Le Cannu, confirmé par Douai 7 juill. 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 994, n° 265, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1994, p. 713, D. Randoux (fusion *Pinault-Printemps/Redoute*).

saires aux apports (art. L. 236-10-III nouv.)¹. Les commissaires doivent également vérifier que le montant de l'actif net apporté par la société absorbée est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante (art. R. 236-7, al. 1). L'assemblée générale extraordinaire n'a plus à se prononcer sur l'évaluation des apports en nature, mais seulement sur la fusion elle-même. En conséquence, disparaissent les limitations du droit de vote prévues par l'article L. 225-10, en particulier celles frappant la société absorbée lorsqu'elle détenait une participation dans la société absorbante.

Cependant, lorsque la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'AGE des sociétés absorbées ni à l'établissement des rapports mentionnés au dernier alinéa de l'article L. 236-9 et à l'article L. 236-10 (art. L. 236-11 nouv.).

L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société absorbante se prononce sur l'opération dans les conditions prévues pour la modification des statuts (art. L. 236-2, al. 2). S'il existe des actions de diverses catégories, la fusion est également soumise à la ratification des assemblées spéciales (art. L. 236-9).

En outre, le conseil d'administration (ou le directoire) doit établir et mettre à la disposition des actionnaires un rapport écrit sur l'opération envisagée (cf. art. L. 236-9, al. 4 ; R. 236-5, al. 1 ; *supra*, n° 681). Divers documents doivent également être communiqués aux actionnaires afin de parfaire leur information (cf. art. R. 236-3, *supra*, n° 681).

Au cas exceptionnel où la fusion serait réalisée par voie de création d'une société nouvelle, celle-ci devrait être constituée selon les règles propres à la forme de société adoptée (art. L. 236-2, al. 3). Toutefois, cette société peut être constituée sans autres apports que ceux des sociétés qui fusionnent. Dans tous les cas, le projet de statuts de la société nouvelle est approuvé par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés qui disparaissent. Il n'y a pas lieu à approbation de l'opération par l'assemblée générale de la société nouvelle (art. L. 236-12 ; R. 236-3)².

Lorsque la scission est réalisée par apports à des sociétés anonymes nouvelles, chacune de ces sociétés peut être constituée sans autre apport que celui effectué par la société scindée. En ce cas, et si les actions de chacune des sociétés nouvelles sont attribuées aux actionnaires de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société, il n'y a pas lieu à l'établissement du rapport de l'article L. 236-10.

1. Le rapport du commissaire à la fusion n'a pas à être déposé au greffe du tribunal de commerce, mais il doit être mis à la disposition des actionnaires un mois au moins avant la date de l'assemblée appelée à se prononcer sur l'opération (art. R. 236-3, al. 1). Le rapport concernant les apports en nature (et éventuellement les avantages particuliers) doit quant à lui être déposé au siège social et au greffe du tribunal de commerce huit jours au moins avant l'assemblée (art. R. 225-136, al. 2 ; 123-107, al. 4).

2. Sur le nombre d'actionnaires de la société nouvelle résultant d'une fusion entre une SA et une SARL, cf. R.M. JO déb. Sénat 26 mai 1994, p. 1300, *Bull. Joly* 1994, p. 658, n° 185.

Dans tous les cas, les projets de statuts des sociétés nouvelles doivent être approuvés par l'assemblée générale extraordinaire de la société scindée, et il n'y a pas lieu à approbation de l'opération par l'assemblée générale de chacune des sociétés nouvelles (art. L. 236-17).

- 683 Publicité** ◇ Depuis la loi du 5 janvier 1988, les sociétés participant à une fusion (ou à une scission) doivent, à peine de nullité de l'opération, déposer au greffe du tribunal de commerce une **déclaration de conformité**.

Cette déclaration relate tous les actes effectués en vue de procéder à l'opération et affirme que celle-ci a été réalisée en conformité de la loi et des règlements. Le greffier doit s'assurer sous sa responsabilité de la conformité de la déclaration aux dispositions légales (art. L. 236-6, al. 3 ; sur la suppression de la déclaration de conformité lors de la constitution d'une société, *supra*, n° 63).

En dehors de cette déclaration, il n'y a pas de disposition imposant des formalités de publicité spéciales à la suite d'une fusion (ou d'une scission). Pour la société absorbée, il y a donc lieu de suivre les règles applicables à la dissolution (*supra*, n° 115) ; pour la société absorbante, celles relatives à l'augmentation de capital.

Si une société nouvelle est créée, doivent être respectées les règles de publicité applicables aux constitutions de sociétés ¹.

En cas de scission, la société scindée devra faire application des règles prévues pour la dissolution. Les sociétés bénéficiaires des apports accompliront les formalités prévues en cas d'augmentation de capital ou en cas de constitution de société nouvelle.

- 684 Nullités** ◇ La nullité d'une fusion (ou d'une scission) ne peut résulter que de la nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé l'opération (*cf.* art. L. 235-1 ; *supra*, n°s 485 s.) ou du défaut de dépôt de la déclaration de conformité (art. L. 235-8).

En dehors de ces deux hypothèses prévues par l'énumération légale, telle qu'elle résulte de la loi du 5 janvier 1988, il n'est pas douteux que les tribunaux pourraient également prononcer une annulation si la décision de fusion (ou de scission) était constitutive, d'une fraude ², d'un abus de majorité ³, d'un abus de biens sociaux ou d'un abus de pouvoirs :

1. Sur la reconnaissance d'une fusion apparente, Lyon 8 juin 1990, *JCP E* 1991, II, 100, Y. Reinhard, et sur pourvoi Com. 2 juin 1992, *RTD com.* p. 641, n° 7, Y. Reinhard.

2. TGI Béthune 24 juin 2008 (*aff. Samsonite*), *Bull. Joly* 2008, p. 631 (annulation pour fraude de la cession d'une filiale en difficulté, réalisée sous forme d'un apport partiel d'actif) ; V sur le recours à la sanction de l'opposition à un cocontractant de la société apporteuse, Com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 852, n° 192, P. Le Cannu.

3. T. com. Paris 5 sept. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 43 (absorption d'une filiale déficitaire). V. refusant de prononcer la nullité pour abus de majorité, Com. 7 juill. 1980, *Rev. sociétés* 1981, p. 315, J.-H. ; Versailles 1^{er} oct. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 955, n° 291 ; 1987, p. 28, n° 8, P.L.C. ; *JCP E* 1987, II, 16342, n° 21, A. Viandier et J.-J. Caussain ; Paris 19 sept. 2001 (*aff. Champagne Giesler*), D. 2001, p. 3124, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2001, p. 1121, n° 252, A. Constantin (apport

« ... Le prévenu a usé de ses pouvoirs de président du conseil d'administration pour organiser une fusion-absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé directement ou indirectement ; la cour d'appel... a fait l'exacte application de l'article 437 de la loi du 24 juillet 1966 » ¹.

La **prescription** de l'action en nullité est courte : elle est de **six mois** à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération (art. L. 235-9, al. 2) ². Lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité, le tribunal saisi de l'action en nullité doit accorder aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation (art. L. 235-8, al. 2).

Toute décision d'annulation d'une fusion (ou d'une scission) doit faire l'objet d'une publicité (art. L. 235-11, al. 1^{er}). L'annulation n'a **aucun effet rétroactif**, c'est dire qu'elle n'a aucun effet sur les droits et obligations nés au profit ou à la charge des sociétés bénéficiaires dès lors que ces droits et obligations sont nés entre la date d'effet de la fusion (ou de la scission) et la date à laquelle la décision prononçant la nullité a été publiée (art. L. 235-11, al. 2). En cas d'annulation d'une fusion, toutes les sociétés ayant participé à l'opération sont solidairement responsables de l'exécution des obligations à la charge de la société absorbante nées entre la date d'effet de l'opération et la date de publication de la décision ayant prononcé la nullité (art. L. 235-11, al. 3).

Il en va de même en cas de scission : la société scindée est responsable solidairement avec les sociétés bénéficiaires de toutes les obligations nées à la charge de ces sociétés. Chacune des sociétés bénéficiaires répond des obligations à sa charge nées entre la date de prise d'effet de la scission et celle de la publicité de la décision ayant prononcé la nullité (art. L. 235-11, al. 3).

partiel d'actif). Rappr. sur l'action civile des associés de l'absorbante demandant réparation du dommage résultant de l'abus de biens sociaux commis par les dirigeants de l'absorbée, Crim. 2 avr. 1998, *D. aff.* 1998, p. 1056, A.L.

1. Crim. 10 juill. 1995, *JCP E* 1996, II, 780, J. Paillusseau ; *Bull. Joly* 1995, p. 1048, n° 376, A. Couret et P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1996, p. 312, B. Boulloc ; H. Le Nabasque, *RJDA* 1996, p. 432, *La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs* ; BCNCC, n° 101-1996, p. 103, Ph. Merle. Adde J. Paillusseau, *Les « fusions rapides » (risques pénaux et fiscaux)* *D. aff.* n° 35-2000, p. II.

2. T. com. Paris 9 avr. 1991, *BRDA* n° 14-1991, p. 19. Sur la prescription triennale de l'action en nullité lorsque l'apport partiel d'actif n'est pas soumis au régime des scissions, Paris 14 avr. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 869, n° 205, P. Le Cannu. Sur la prescription de six mois lorsque l'opération est placée sous le régime des scissions, Com. 3 juin 2003, *D.* 2003, p. 1695, A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2003, p. 489, P. Le Cannu ; *Bull. Joly* 2003, p. 933, n° 195, B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2003, n° 145, H. Hovasse ; Com. 30 nov. 2004, *JCP E* 2005, 131, n° 2, 3, J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker (annulation pour abus de majorité d'un apport partiel à une commandite, prescription de six mois). V. égal. Paris 6 avr. 2001, *Bull. Joly* 2002, p. 79, n° 16, P. Le Cannu (défaut de qualité d'actionnaire).

SECTION 3. LES EFFETS

Le principe est le suivant : la fusion ou la scission entraîne transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît au profit des sociétés existantes ou nouvelles qui le recueillent (cf. art. L. 236-3-I). Il convient d'indiquer les effets de l'opération vis-à-vis des sociétés en cause, de leurs organes sociaux, de leurs créanciers et salariés. Auparavant, il faut préciser la date de ces effets.

§ 1. Date des effets

685 Date de réalisation définitive ◇ L'article L. 236-4 opère la distinction suivante :

- lorsque la fusion (ou la scission) entraîne création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, elle prend effet à la date d'immatriculation, au registre du commerce et des sociétés, de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles ;
- lorsque la fusion (ou la scission) ne concerne que des sociétés existantes, elle prend en principe effet à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération. Toutefois le traité de fusion (ou de scission) peut prévoir une date d'effet différente à condition qu'elle ne soit ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires (effet différé), ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la société absorbée ou scindée (effet rétroactif) ¹.

Vis-à-vis des tiers, ces opérations, comme toute modification statutaire, ne leur sont opposables qu'après accomplissement des formalités de publicité (*supra*, n° 683) ². Si l'un des biens transmis est soumis à une publicité particulière (immeuble, brevet...), c'est la date à laquelle est accomplie cette formalité qui doit être retenue ³.

En pratique, comme la réalisation des opérations de fusion (ou de scission) s'étale sur plusieurs mois, le patrimoine des sociétés concernées va se

1. J. Paillusseau, *La rétroactivité des opérations de fusion*, préc., JCP E 2000, p. 1557 ; Comité juridique ANSA, 5 oct. 1994, p. 4. Sur l'impossibilité pour les tiers de se prévaloir de la rétroactivité de la fusion convenue entre les parties, Com. 23 mars 1999, *Bull. Joly*, 1999, p. 680, n° 151, R. Routier ; *Dr. sociétés* 1999, n° 110, Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1999, p. 339, P. Le Cannu ; JCP E 1999, p. 1012, A. Couret ; A. Viandier, *RJDA* 1999, p. 699 ; Com. 29 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 683, n° 153, M. L. Coquelet (caution).

2. Com. 29 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 275, p. 194 ; JCP E 1993, I, 288, n° 15, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Cf. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1986, D. 1987 somm. 366, T. Hassler (défaut de publicité au registre public de la cinématographie) ; Paris 12 déc. 1997, *RJDA* 1998, p. 316, n° 435 (inopposabilité d'un transfert de marque, faute d'inscription au registre national des marques) ; Com. 14 mars 2006, *Dr. sociétés* 2006, n° 76, H. Hovasse (transfert d'un brevet). Sur le transfert d'un navire pour lequel les formalités de publicité ne s'appliquent qu'en cas de transfert de propriété par un acte particulier, Com. 11 déc. 2007 (*aff. Calypso - Cousteau*), *Bull. Joly* 2008, p. 281, n° 61, Ph. Delebecque.

trouver nécessairement modifié pendant cette **période intercalaire**, ce qui n'est pas sans conséquence sur les terrains fiscal et comptable, notamment en cas de pertes de la société absorbée ¹. En tout cas l'article L. 236-3 dispose que le patrimoine des sociétés absorbées ou scindées est transmis aux sociétés bénéficiaires dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération, ce qui, en principe, interdit toute modification des parités d'échange des droits sociaux, même si les actifs nets des sociétés concernées ont varié durant la période intercalaire ².

§ 2. Effets à l'égard des sociétés

686 Société absorbée ou scindée ◇ La fusion ou la scission entraîne la dissolution des sociétés qui disparaissent ³ et la **transmission universelle de leur patrimoine**, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération, aux sociétés bénéficiaires des apports ⁴. Simultanément ⁵, les associés des sociétés qui disparaissent reçoivent en échange, des parts ou actions des sociétés bénéficiaires, dans les conditions fixées par le traité de fusion ou de scission (art. L. 236-3-I) ⁶.

Lorsque la société absorbée a fait l'objet d'une condamnation pénale, cette condamnation ne peut pas être transmise à la société absorbante car aux termes de l'article 121-2 du Code pénal, nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ⁷.

1. Cf. J.-P. Bertrel et M. Jeantin, n°s 954 s. ; B. Solle, *Traitement juridique de la perte subie par la société absorbée durant la période intercalaire : histoire d'un malentendu*, RJDA 5-1992, p. 335 ; J.-P. Bouère, *Fusion et scission. Le problème des résultats intercalaires*, JCP E 1992, I, 163 ; J.-L. Troussel, *La location-gérance : une solution pour anticiper les effets d'une fusion en cours de réalisation*, JCP E 1999, p. 1760.

2. *Mémento Lefebvre*, n°s 26880 s.

3. Sur l'impossibilité pour la société absorbée d'agir en justice, Com. 6 et 13 mars 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 964, n° 271 et p. 965, n° 272, J. F. Barbiéri ; Com. 29 janv. 2008, *Bull. Joly* 2008, p. 397, n° 85, J. J. Barbiéri.

4. *Les actifs immobiliers* transférés lors d'une fusion ou scission ne font pas l'objet d'une aliénation et ne peuvent donc donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption urbain, R.M. JO déb. Sénat 3 août 1989, p. 1186, *Bull. Joly* 1989, p. 889, n° 310.

5. Com. 26 mai 2009, D. 2009, p. 1477 (nullité pour défaut d'objet de la cession des actions de la société absorbée).

6. V. toutefois art. L. 236-3-II ; *supra*, n° 677. Si les actionnaires de la société absorbée (ou scindée) ne présentent pas leurs titres à l'échange, les actions de la société absorbante (ou bénéficiaire) non réclamées peuvent être mises en vente sur simple décision du conseil d'administration (ou du directoire), deux ans après l'accomplissement des formalités de publicité (cf. art. L. 228-6). V. T. com. Paris (req.) 3 avr. 1978, *Rev. sociétés* 1978, 747, J. Hémard ; *Bull. COB* n° 116, juin 1979, p. 7.

7. Crim. 20 juin 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 851, I. Urbain-Parléani ; *Bull. Joly* 2001, p. 39, n° 12, C. Mascala ; D. aff. 2001, p. 853, H. Matsopoulou ; *RTD com.* 2001, p. 459, Cl. Champaud et D. Danet ; D. 2001, somm. p. 1608, E. Fortis et A. Reygrobellet Crim. 14 oct. 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 265, n° 46, J. F. Barbiéri ; *Rev. sociétés* 2004, p. 161, B. Bouloc. Adde F. Stasiak, *Fusion et responsabilité pénale des personnes morales en droit boursier*, in *Mélanges B. Bouloc*, D. 2007, p. 1091 ; D. Vich-Llado, *La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion*, JCP E 2001, p. 838.

La dissolution provoquée par l'opération n'a pas à être suivie d'une liquidation, qui est rendue inutile par le caractère universel de la transmission des biens (cf. art. L. 236-3-I ; 1844-8 et 1844-4 C. civ.) et il n'y a donc pas de survie de la personnalité morale ¹.

La société absorbée perd la personnalité morale à la date de prise d'effet de la fusion, en principe la date de la dernière assemblée ayant approuvé l'opération, sauf si une autre date a été prévue dans le traité de fusion (art. L. 236-4, 2°). La Chambre commerciale estime que la clause de rétroactivité n'a d'effet qu'entre les sociétés parties à la fusion ; les tiers doivent s'en tenir à la date de la dernière assemblée ². Ce n'est pas la position de la 3^e Chambre civile ³.

La dissolution n'est opposable aux tiers que par sa mention au RCS avec l'indication de sa cause ainsi que celle de la raison sociale ou dénomination sociale, forme juridique et siège des personnes morales ayant participé à l'opération : la publication de la fusion dans un journal d'annonces légales et la publication de la radiation de la société absorbée au BODACC ne sont pas suffisantes ⁴.

En cas d'apport partiel d'actif, qu'il s'agisse d'éléments isolés ou d'un ensemble de biens (« filialisation » d'une branche d'activités de l'entreprise), la société apporteuse subsiste et c'est elle qui reçoit les actions ou les parts de la société bénéficiaire, créées en rémunération de l'apport. Elle peut garder ces droits sociaux en portefeuille ou les distribuer entre ses associés.

Lorsque l'apport partiel d'actif porte sur une partie très importante de l'actif d'une société, l'AMF recommande d'utiliser la possibilité offerte par l'article L. 236-22 qui permet de placer l'opération sous le régime de la scission, ce qui offre une meilleure protection aux actionnaires de la société apporteuse ⁵. Cette faculté a été étendue aux opérations dans lesquelles figurent des SARL par la loi du 5 janvier 1988 (art. L. 236-24).

687 Sociétés bénéficiaires ◇ En cas de fusion, le patrimoine de la société absorbée est dévolu à la société absorbante dans l'état où il se trouve à la date

1. Doit donc être déclarée nulle la déclaration d'appel faite par une société absorbée, relative à une condamnation à paiement postérieure à l'absorption, l'article L. 237-2 al. 2 n'étant pas applicable, Com. 11 févr. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 15, p. 13 ; *Rev. sociétés* 1986, 626, Y. Guyon ; Com. 7 déc. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 282, n° 70, J. Mestre ; *Dr. sociétés* 1994, n° 23, Th. Bonneau ; Com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 868, n° 195, P. Scholer (pas de couverture possible du vice par l'absorbante).

2. Com. 23 mars 1999, *RJDA* n° 6-1999, n° 678 ; A. Viandier, *RJDA* n° 8-9- 1999, p. 699 ; Com. 29 janv. 2002, *RJDA* n° 5-2002, n° 505.

3. Civ. 3^e, 17 mai 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 1450, n° 295, X. Vamparys ; *JCP E* 2007, 1049, n° 6, crit. J. J. Caussain, Fl. Deboissy, G. Wicker.

4. Com. 23 janv. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 616, n° 157, J. F. Barbière ; *Rev. sociétés* 2007, p. 531, B. Saintourens.

5. Cf. recommandations COB du 19 déc. 1972 et *Bull. COB* n° 95, juill.-août 1977, p. 6 ; Com. 11 déc. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 304, p. 250. Adde J.M. Chataing, *L'apport partiel d'actif soumis au régime des fusions-scissions*, Thèse dactyl. Paris II, 1994. Sur la preuve que l'opération a été placée sous le régime de la fusion-scission, Com. 26 mai 2009, *BRDA* n° 12-2009, p. 2.

de réalisation définitive de l'opération (art. L. 236-3-I C. com.), ce qui se traduira par une augmentation de capital (art. L. 225-128, al. 2). Cette transmission universelle s'opère de plein droit ¹.

Du côté actif, la société absorbante bénéficie de tous les droits de la société absorbée ². En cas de transfert d'un fonds de commerce, les mesures de publicité prévues pour la fusion dispensent d'opérer celles qui sont prévues de façon particulière en cas d'apport d'un fonds à une société ³. La société absorbante devient également créancière des débiteurs de la société absorbée sans avoir à effectuer les formalités prévues par l'article 1690 du Code civil.

« Ce texte n'a pas d'application lorsqu'à la suite d'une fusion de sociétés, la société absorbante vient activement et passivement au lieu et place de la société absorbée... » ⁴. L'article 1690 ne s'applique en effet qu'à des transferts à titre particulier, alors que la fusion s'analyse en une transmission de la totalité du patrimoine.

Lorsque l'entrée de nouveaux associés dans la société bénéficiaire est soumise à un **agrément**, par suite de dispositions légales ou statutaires, cette procédure ne doit pas s'appliquer aux associés de la société absorbée ou scindée : en effet, la transmission universelle du patrimoine fait obligation à la société d'accueillir ces nouveaux associés ⁵.

La question se pose différemment ⁶ lorsque dans le patrimoine de la société absorbée (ou scindée) transmis à la société bénéficiaire, figurent des

1. M.L. Coquelet, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, Thèse dactyl. Paris X-Nanterre, 1994 ; M. Jeantin, *La transmission universelle du patrimoine d'une société*, in *Mélanges J. Derrupé*, 1991, p. 287. Cf. également en cas d'absorption par la société holding de la société-cible, sur la « fusion-rapide », *supra*, n° 281.

2. Com. 10 juill. 2007, *Bull. Joly* 2007, p. 1225, n° 321, A. Couret ; D. 2007, p. 2113, A. Lienhard (bénéfice d'une garantie de passif) ; Crim. 22 juin 1988, *JCP E* 1989, II, 15517, n° 13, A. Viandier et J.-J. Caussain (constitution de partie civile de la société absorbante pour des infractions commises au préjudice de la société absorbée) ; Crim. 2 avr. 2003, *BRDA* n° 12 – 2003, p. 4 (constitution de partie civile d'un actionnaire d'une société absorbante pour des actes délictueux commis au détriment de la société absorbée) ; Civ. 3^e, 11 oct. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 392, n° 90, N. Morelli (renouvellement d'hypothèque au nom de la société absorbée) ; Com. 21 oct. 2008, D. 2008, p. 2792, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2009, p. 114, n° 24, X. Vamparys ; *Rev. sociétés* 2009, p. 351, V. Thomas (la société absorbante acquiert la qualité de partie aux instances antérieures engagées par la société absorbée et peut se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci).

3. Cf. art. L. 141-21 C. com. Solution applicable aux fusions entre SA, entre SARL ou entre SA et SARL, *supra*, n° 678.

4. Civ. 1^{re}, 7 mars 1972, *JCP* 1972, II, 17270, Y. Guyon ; *RTD com.* 1972, p. 654, n° 11, R. Houin ; Com. 4 mai 1981, D. 1982, IR, 171, M. Cabrillac (transmission d'un effet de commerce) ; Com. 1^{er} juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 892, n° 258, J.-J. Daigre (bail commercial) ; Civ. 3^e, 19 févr. 1997, *Dr. sociétés* 1997, n° 112, Th. Bonneau ; Versailles 3 oct. 1996, *Dr. sociétés* 1997, n° 66 (bail commercial).

5. J.-P. Bertrel et M. Jeantin, n°s 919 s. et réf. citées ; comp. Com. 19 avr. 1972, D. 1972, p. 538, D. Schmidt ; *RTD com.* 1972, p. 654, n° 11, R. Houin.

6. Cf. M. Jeantin, *Clause d'agrément et fusion des sociétés commerciales*, *Dr. sociétés*, mai 1988, 2 ; A. Constantin, *L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou scission : le poids des mots, le choc des principes*, *Bull. Joly* 2003, p. 742, n° 160 ; I. Urbain-Parléani, *La fusion-absorption à l'épreuve des clauses d'agrément : le cas particulier de la transmission des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1061.

parts ou des actions d'une tierce société dont la cession est soumise à agrément. La société bénéficiaire est-elle soumise à agrément ? Pour la Cour de cassation ¹, une clause des statuts de la société tierce peut valablement soumettre à agrément la société bénéficiaire de la fusion ou de la scission. Cette stipulation a l'avantage de permettre à la société qui était contrôlée par la société absorbée (ou scindée) de se prémunir contre un changement d'associé, mais elle ne manque pas de poser de sérieuses difficultés pratiques si l'agrément est refusé ou n'a pas été demandé avant la fusion.

Lorsque certains biens sont considérés comme attachés à la personne de la société absorbée (par exemple des contrats conclus *intuitu personae*) la jurisprudence décide qu'ils ne se transmettent pas à la société absorbante ².

Concernant les baux commerciaux, la société bénéficiaire de l'apport est, malgré toute stipulation contraire, substituée à la société locataire dans tous les droits et obligations résultant de ce bail ³. Le bailleur peut toutefois former opposition à la fusion ou à la scission, comme un créancier ordinaire (art. R. 236-10) et demander des garanties supplémentaires.

Du côté passif, la société absorbante est débitrice des créanciers, sans que cette substitution emporte novation à leur égard (art. L. 236-14, al. 1) ⁴.

1. Com. 3 juin 1986, D. 1987, p. 95, J.-J. Daigre, *Rev. sociétés* 1987, p. 52, Y. Reinhard ; Com. 6 mai 2003 (aff. Yves Rocher, 2 esp.) *Bull. Joly*, 2003, p. 812, n° 172 et p. 813, n° 173 ; *JCP E* 2003, 1203, n° 8, J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; D. 2003, p. 1438, A. Lienhard. Pour une critique de cette position de la Cour de cassation, J. P. Bertrel, *Dr. et patr.* avr. 2003, p. 33. Comp. Paris 18 févr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 727, n° 173, P. Le Cannu (non-application à un pacte de préférence) ; Chambéry 26 nov. 2002, *Bull. Joly*, 2003, p. 808, n° 170 ; D. 2003, p. 1216, B. Espeyson-Vergeat. Rapp. J. di Vittorio, *Sort du droit de vote double en cas de fusion-absorption de la société titulaire des actions*, *Bull. Joly* 1979, p. 215 et *Bull. COB* nov. 1979, n° 340, p. 579.

2. M. Dubertret, *L'intuitus personae dans les fusions*, *Rev. sociétés* 2006, p. 721 ; P.Y. Bérard, *Les fusions à l'épreuve de l'intuitus personae*, *RTD com.* 2007, p. 279. V. pour un bail rural, Civ. 3^e, 23 avr. 1976, *Rev. sociétés* 1977, 69, Y. Guyon. La même solution devrait être donnée pour tous les contrats marqués d'intuitus personae. A. Viandier, *Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés*, in *Mélanges C. Mouly*, T. 2, Litec 1998, p. 193 ; X. Jaspar et N. Metais, *Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens*, *Bull. Joly* 1998, p. 447, n° 156 ; Com. 13 déc. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 591, n° 124, X. Vamparys ; D. 2006, p. 149, A. Lienhard ; *RTD com.* 2006, p. 429, P. Le Cannu (contrat de distribution) ; Civ. 3^e, 10 nov. 1998, *JCP E* 1999, p. 328, A. Djigo ; *Bull. Joly* 1999, p. 371, n° 73, J.-J. Daigre ; *RTD com.* 1999, p. 437, Cl. Champaud et D. Danet ; Com. 30 mai 2000, *JCP E* 2000, p. 1479, A. Viandier ; *Bull. Joly* 2000, p. 841, n° 203, M.L. Coquelet ; *Dr. sociétés* 2000, n° 133, Th. Bonneau ; D. aff. 2000, p. 320, M. Boizard (mandat de syndic de copropriété ; motivation fondée sur les modalités de désignation du syndic) ; Com. 29 oct. 2002, *Bull. Joly* 2003, p. 192, n° 43, D. Krajewski (pas de transmission d'un contrat d'agence commerciale lors d'un apport partiel d'actif) ; Com. 3 juin 2008 (2 esp.), D. 2008, p. 1623, A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2008, p. 905, n° 195, B. Saintourens ; *JCP G.* 2008, 10154, C. Maréchal ; *Rev. sociétés* 2009, p. 339, L. Amiel-Cosme (id. pour des contrats de franchise). Cf. pour le « mandat » du commissaire aux comptes, la solution apportée par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 in art. L. 225-229 al. 4 et 5. Pour le cautionnement, *infra*, n° 690.

3. Com. 1^{er} juin 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 892, n° 258, J.-J. Daigre ; *JCP E* 1994, I, 363, n° 11, A. Viandier et J.-J. Caussain.

4. V. par ex. Soc. 29 avr. 1980, *Bull. civ.* V, n° 383, p. 291 (conséquences de la faute inexcusable commise par les dirigeants d'une société absorbée) ; Riom 5 mai 1980, *Rev. sociétés* 1981,

Cette transmission universelle s'opère de plein droit et porte même sur les dettes de la société absorbée qui ne figureraient pas dans le traité de fusion ¹.

En cas de scission, ce sont les mêmes solutions qui s'appliquent, et le traité d'apport répartit l'actif et le passif entre les différentes sociétés bénéficiaires des apports, mais ces sociétés sont en principe débitrices solidaires envers les créanciers de la société scindée (cf. art. L. 236-20 et L. 236-21 ; *infra*, n° 690).

En cas d'apport partiel d'actif, la Cour de cassation considère que dès lors que l'opération est placée sous le régime des scissions elle emporte transmission universelle du patrimoine pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport ², bien que la société apporteuse ait conservé la personnalité juridique ³.

La société apporteuse reste, sauf dérogation prévue à l'article L. 236-21, solidairement obligée avec la société bénéficiaire au paiement des dettes transmises à cette dernière ⁴.

596, J. Guyénot (action contre une société qui a absorbé une tuilerie ayant fabriqué des tuiles gélives) ; Paris 22 sept. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 18, D. Vidal (transmission de la retraite complémentaire allouée au président de la société absorbée). Rapp. Civ. 1^{re}, 4 mars 1981, *Bull. civ. I*, n° 79, p. 65, (en ce qui concerne des opérations de prêt consenties par la société absorbée, la société absorbante n'est pas un tiers au sens de l'article 1321 C. civ.) ; Com. 18 févr. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 671, n° 130, A. Constantin ; *Dr. sociétés* 2004, n° 84, H. Hovasse ; *JCP E* 2004, 740, F. G. Trébulle (instance judiciaire en cours, autorité de la chose jugée à l'égard de l'absorbée).

1. Com. 7 déc. 1966, *D.* 1968, p. 113, A. Dalsace ; Com. 4 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 448, n° 183, M.L. Coquelet (transmission de l'engagement de garantie pris par la société absorbée) ; Versailles 4 févr. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 553, n° 221, M.L. Coquelet ; et sur le recours de la société absorbante, v. Com. 16 juin 1970, *D.* 1971, p. 52 ; CE 17 déc. 2008, aff. Oddo, *BRDA* n° 4 - 2009, p. 5 (sanction pécuniaire de l'AMF à l'encontre d'une société absorbante pour des manquements commis par l'absorbée).

2. J.-P. Le Gall, *Apport partiel d'actif et transmission universelle du patrimoine*, in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz 1999, p. 259 ; Com. 7 oct. 2008, *Bull. Joly* 2009, p. 112, n° 23, X. Vamparys (délimitation des actifs transférés dans le cadre de l'apport d'une branche d'activité) ; Civ. 2^e, 25 oct. 1995, *RJDA* 1996, p. 164, n° 225 ; *JCP E* 1996, I, 541, n° 13, A. Viandier, J.-J. Caussain ; Com. 4 févr. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 649, n° 126, P. Le Cannu. Comp. Com. 30 oct. 1989, *RTD com.* 1990, p. 52, n° 4, Y. Reinhard ; Com. 6 févr. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 377, n° 119, Ph. Derouin (notion de branche complète d'activité) ; Com. 5 mars 1991, *D.* 1991, p. 441, J. Honorat ; *JCP N* 1992, II, p. 52, M. Marteau-Petit ; *Bull. Joly* 1991, p. 500, n° 171, M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1991, p. 545, C. Bolze ; *RTD com.* 1991, p. 404, Y. Reinhard et 1992, p. 189, Cl. Champaud, D. Danet ; Com. 21 févr. 1995, *RJDA* 1995, p. 571, n° 718 (conditions de l'opposabilité aux tiers) ; Com. 18 mai 2005, *Dr. sociétés* 2005, 170, H. Lécuyer (absence des formalités de l'article 1690 C. civ.) ; Com. 23 juin 2004, *JCP E* 2004, 1774, A. Viandier ; *Dr. Sociétés* 2004, 219, H. Hovasse (limites à la transmission) ; Com. 3 juin 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 1034, n° 219, D. Krajewski (contrat *intuitu personae* non transmis). Comp. pour une opération non soumise au régime des scissions, Paris 27 févr. 1992, *JCP E* 1992, I, 172, n° 5, A. Viandier et J.-J. Caussain.

3. Pour une critique de cette position, cf. M. Jeantin, *Sociétés*, n°s 770, 771 ; *Contra* Y. Reinhard, *obs. préc.*

4. Com. 12 déc. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 492, n° 127, J. Cl. Hallouin ; *Rev. sociétés* 2007, p. 76, D. Poracchia ; *D.* 2007, p. 27, A. Lienhard ; *JCP E* 2007, 1877, n° 8, J.J. Causain, Fl. Deboissy et G. Wicker.

§ 3. Effets à l'égard des organes sociaux

688 Dirigeants de sociétés anonymes ◇ La dissolution de la société absorbée fait automatiquement perdre leurs fonctions à ses dirigeants. Cependant, afin de faciliter les fusions entre sociétés anonymes, l'article L. 225-95 permet que le nombre de membres du conseil d'administration puisse dépasser le nombre de dix-huit pendant un délai de trois ans à compter de la date de la fusion fixée à l'article L. 236-4 (*supra*, n° 685), sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre ¹.

Toutefois, en cas de décès ou de démission du président du conseil d'administration et si le conseil n'a pu le remplacer par un de ses membres, il peut nommer un administrateur supplémentaire qui sera appelé aux fonctions de président (art. L. 225-17, al. 2).

Dans les sociétés à structure duale, la société absorbante ou nouvelle peut avoir un conseil de surveillance comprenant jusqu'à vingt-quatre membres dans les mêmes conditions que pour le conseil d'administration (art. L. 225-95). Quant aux membres du directoire, ils ne peuvent jamais être plus de cinq (ou de sept, lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé), aucune dérogation n'ayant été prévue en cas de fusion (art. L. 225-58, al. 1).

Les dirigeants de la société absorbante ne doivent jamais manquer d'envisager, avant de se lancer dans une opération de fusion, le risque que peut entraîner pour eux l'arrivée de nouveaux associés dans la société qui peut les conduire à constituer de nouvelles alliances pour conserver la majorité.

689 Commissaires aux comptes ◇ Les fonctions des commissaires aux comptes des sociétés absorbées (ou scindées) prennent fin avec la fusion (ou la scission) puisque ces sociétés sont dissoutes ².

Quant aux commissaires aux comptes de la société bénéficiaire, ils poursuivent leur mission jusqu'au terme initialement prévu, sauf survenance d'une incompatibilité par suite de l'opération (art. L. 225-224).

Si des sociétés nouvelles sont constituées, il doit être procédé à la désignation de commissaires aux comptes dès lors qu'il s'agit de sociétés anonymes ou de sociétés dépassant les seuils fixés par le décret du 1^{er} mars 1985 (*cf.* pour les SARL *supra*, n° 204).

1. Nouveaux seuils introduits par la loi NRE, *supra*, n° 373.

2. Sur l'absence d'intérêt légitime d'un commissaire aux comptes à agir en nullité des délibérations des assemblées ayant décidé d'une fusion-absorption, Com. 17 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 247, n° 79, P. Le Cannu ; et dans la même affaire, Com. 7 oct. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 1053, n° 379, P. Le Cannu ; BCNCC n° 109-1998, p. 51, Ph. Merle.

§ 4. Effets à l'égard des créanciers et des salariés

690 Créanciers non obligataires ◇ En cas de fusion, la société absorbante devient débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée aux lieu et place de celle-ci (art. L. 236-14, al. 1 ; L. 236-23, al. 1 ; L. 236-2). Cette substitution n'emporte pas novation de la créance, c'est dire que celle-ci est reprise sans modification (taux d'intérêt, modalités de remboursement...). La jurisprudence n'est cependant pas toujours homogène sur le sort du cautionnement ¹.

En cas d'absorption de la société créancière, le cautionnement est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante, en application de l'article L. 236-3 ².

En cas d'absorption de la société débitrice, la caution est tenue de payer les dettes antérieures, mais est déchargée de la garantie des dettes postérieures à la fusion, sauf convention contraire ou fraude ³.

En cas de scission, le même principe s'applique : les sociétés bénéficiaires des apports sont débitrices des créanciers non obligataires de la société scindée aux lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard (art. L. 236-20, L. 236-23, al. 1, L. 236-2) ⁴. En principe, les sociétés bénéficiaires des apports sont débitrices solidaires, mais il peut être stipulé dans le contrat de scission que les sociétés bénéficiaires des apports ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à leur charge respective et sans solidarité entre elles (art. L. 236-21, al. 1, L. 236-23, al. 1, L. 236-2) ⁵.

Que l'opération soit une fusion ou une scission, la loi a instauré au profit des créanciers de toutes les sociétés concernées un **droit d'opposition** afin de sauvegarder leurs intérêts.

1. N. Morelli, *Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion*, Bull. Joly 2004, p. 933, n° 186 ; note Ph. Simler sous Com. 22 janv. 1985, JCP 1986, II, 20591 ; Com. 3 oct. 2000, Bull. Joly 2001, p. 152, n° 39. Cf. M. Romnicanu, *Perspective d'ensemble sur le sort des garanties dans le cadre d'une fusion*, JCP E 1991, I, 34.

2. Com. 8 nov. 2005 (1^{re} esp.) Bull. Joly 2006, p. 344, n° 71, P. Le Cannu ; Rev. sociétés 2006, p. 57, M. L. Coquelet ; JCP E 2005, 1000, D. Legeais ; Dr. sociétés 2006, n° 16, H. Lécuyer.

3. Sur cette distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement, Com. 8 nov. 2005 (2^e esp.), réf. préc.

4. V. sur le cautionnement jouant pour les créances antérieures à la scission, Com. 22 janv. 1985 préc., JCP 1986, II, 20591, Ph. Simler ; Com. 17 juill. 2001 Bull. Joly 2001, p. 1249, n° 269, P. Scholer ; D. 2001, p. 2414 (2^e esp.), A. Lienhard (dettes postérieures à la scission).

5. Sur l'apport partiel d'actif, cf. H. Hovasse et S. Robineau, *L'inadaptation des articles 385 et 386 de la loi du 24 juillet 1966 à la protection des créanciers...*, Bull. Joly 1998, p. 203, n° 80 ; Paris 24 mars 2006, Dr. sociétés 2006, n° 83, H. Lécuyer (opposabilité à un créancier de la clause écartant la solidarité).

Ce droit est accordé aux créanciers de la société absorbée et également à ceux de la société absorbante qui peuvent redouter de se trouver en concours (art. L. 236-14, al. 2 ; L. 236-23, al. 1 ; L. 236-2) ¹.

En cas de scission, ce droit n'est accordé aux créanciers des sociétés participantes que si la solidarité a été écartée (art. L. 236-21, al. 2).

Seuls peuvent former opposition les créanciers dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion ou de scission (art. L. 236-14, al. 2 ; L. 236-21, al. 2 ; L. 236-23, al. 1 ; L. 236-2) ². L'opposition doit être formée, dans un délai de trente jours à compter de la dernière des insertions prévues, devant le tribunal de commerce (art. R. 236-8) ³.

L'opposition n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de fusion ou de scission (art. L. 236-14, al. 4 ; L. 236-21, al. 2 ; L. 236-23, al. 1 ; L. 236-2).

Le tribunal saisi peut rejeter l'opposition ou ordonner soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante (ou celle dans le patrimoine de laquelle la dette a été transférée) en offre et si ces garanties sont jugées suffisantes (art. L. 236-14, al. 2). À défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion ou la scission serait inopposable à ces créanciers (art. L. 236-14, al. 3) ⁴.

S'il avait été contractuellement prévu que le créancier était autorisé à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de fusion de la société débitrice avec une autre société, cette clause jouerait sans que le créancier ait à déclencher la procédure d'opposition (art. L. 236-14, al. 5).

691 Créanciers obligataires ⁵ ◇ Si la société absorbante a émis un emprunt obligataire, il n'est pas nécessaire de soumettre aux obligataires le projet de fusion ⁶. Cependant, les représentants de la masse, sur mandat de l'assemblée générale des obligataires, peuvent former opposition à la fusion dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets que peuvent le faire les créanciers ordinaires (art. L. 236-15 ; *supra*, n° 690).

1. Com. 15 juill. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1111, n° 363, B. Caillaud et P. Le Cannu (application à une caisse régionale de crédit agricole, créance pouvant justifier une opposition) ; Paris 24 juin 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 79, n° 16, S. Noémie ; *Dr. sociétés* 1998, n° 159, D. Vidal ; *RTD com.* 1999, p. 135, Cl. Champaud et D. Danet (opposition en cas d'apport partiel d'actif) ; comp. Paris 10 sept. 1998, *RTD com.* 1999, p. 135, Cl. Champaud et D. Danet.

2. Sur la qualité de la créance, *cf.* Com. 16 juill. 1985, *JCP E* 1985, 14947.

3. Sur les conséquences d'une adresse erronée du siège de la société absorbée quant au point de départ du délai, Com. 4 juin 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 923, n° 333, P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1997, p. 110, Y. Chartier. Sur la sanction de l'absence d'information des obligations, Orléans 22 janv. 1998, *Dr. sociétés* 1998, n° 95, D. Vidal ; S. de Vendeuil, *JCP E* 1996, p. 316.

4. Com. 17 oct. 1989, *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 133, n° 4, M. Jeantin et A. Viandier.

5. Les dispositions relatives aux obligataires sont applicables aux titulaires de titres participatifs (art. L. 236-7).

6. Au cas où il y aurait des porteurs de parts, le projet devrait être soumis à leur assemblée générale (art. 10 L. 23 janv. 1929).

Si c'est la société absorbée (ou scindée) qui a émis un emprunt, elle a un choix qui consiste soit à soumettre le projet d'opération à l'assemblée générale des obligataires, soit à ne pas consulter les obligataires mais à leur proposer le remboursement.

1) Les obligataires sont consultés (art. L. 228-65-3°) :

- s'ils approuvent l'opération, ils deviennent, aux conditions de l'emprunt, créanciers de la société absorbante ou nouvelle ;
- s'ils n'approuvent pas l'opération (ou si l'assemblée n'a pu délibérer faute de quorum) les dirigeants de la société débitrice peuvent passer outre, mais les obligataires peuvent donner mandat aux représentants de la masse de former opposition, ce qui pourra leur permettre d'obtenir un remboursement anticipé ou la constitution de garanties (art. L. 228-73).

2) Les obligataires ne sont pas consultés : en ce cas, la société débitrice doit leur offrir le remboursement de leurs titres sur simple demande de leur part (art. L. 236-13, al. 1 pour les fusions ; L. 236-18, al. 1 pour les scissions). La société absorbante (art. L. 236-13, al. 2) ou les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission, sont alors débitrices des obligataires qui demandent le remboursement (sur les modalités, cf. art. R. 236-11 s.) ces dernières sociétés étant tenues solidairement (art. L. 236-18, al. 2).

692 Salariés ◇ Le comité d'entreprise des sociétés concernées par la fusion ou la scission doit être obligatoirement consulté préalablement à l'opération (art. L. 2323-19 C. trav.) ¹. En application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, les contrats de travail conclus par la société absorbée ou scindée sont transmis de plein droit à la société absorbante ou nouvelle ². La plupart des conventions collectives prévoient le maintien des avantages acquis ³.

Mais, en pratique, ces opérations se traduisent toujours par des compressions d'effectif. Les licenciements pour motif économique qui interviennent alors ne sont en principe pas abusifs ⁴ et la charge des indemnités allouées aux salariés pèse sur la société absorbante (ou bénéficiaire de l'apport).

1. Sur les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de cette information cf. rapport Ch. Cumunel, *La Communication financière des sociétés cotées vis-à-vis des salariés*, COB 1998.

2. R.M. JO déb. AN 20 déc. 1978, p. 9728 ; *Rev. sociétés* 1979, 207.

3. Cf. G. Lyon-Caen, J. Péliissier, A. Supiot, n° 117. Sur la convention collective applicable, Soc. 14 mai 1992, D. 1993, p. 67, N. Decoopman.

4. Soc. 12 janv. 1977, Bull. civ. n° 19, p. 17. Cf. J. Savatier, *Les fusions de sociétés et le droit du travail*, in *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967, p. 721 ; G. Lyon-Caen, *Concentration et institutions représentatives du personnel dans l'entreprise*, *Rev. sociétés* 1983, 21. Sur les conséquences en matière d'accident du travail, v. par ex. Soc. 2 mars 1983, Bull. civ. V, n° 122, p. 85.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes) ¹

A

Abandon de créances, 665.

Absorption, v. *Fusion*.

Abus

- de biens sociaux, 92, 144, 202, 280, 390, 400, 409, **416**, **416-1**, 420, 428, 446, 518, 539, 671.
- de blanc-seing, 219.
- de droit, 52-1.
- d'égalité, 215, 579.
- de majorité, 112, 549, 578 s., 591, 669.
- de marché, 275.
- de minorité, 578 s., 581.
- de pouvoirs, 416.

Accordéon (coup d'), 572.

Accords

- de coopération, 638.
- de sous-traitance, 639.

Achat par la société

- de ses actions, 279 s. (SA).
- de ses parts, 227 (SARL).

Acte

- anormal de gestion, 52-1.
- de gestion, 139.
- pour le compte de la société en formation, 76 s.

Acte unilatéral, 23.

Action de concert, 314, 648, 650, 653, 660, **660-1**.

Action paulienne, 31, 570.

Action ut singuli, 410.

Actionnaire(s), 293 s.

affectio societatis, 249.

agrément, 320 s.

association de défense, 268, 293-1.
augmentation des engagements des –, 489.

conflit d'intérêts avec la société, 311.

convention avec la société, 398 s.

défaillance de l'–, 260.

devoir d'–, 293.

dividendes, 294 s.

droit de faire partie de la société, 305, 321.

droit de vote, 306 s.

droits et obligations, 293.

droits extra pécuniaires, 304 s.

droits pécuniaires, 294 s.

droits propres, 293.

égalité entre –, 513.

étrangers, 272, 651.

exclusion de la société, 305, 324, 571, 572, 651-3.

Inconnus, 305.

information des –, 304, 472 s.

liste des –, 475.

minoritaires, 248, 482.

nombre minimum d'–, 252 (SA).

non-résidents, 272, 651.

obligations des –, 293.

« petits actionnaires », 382, 475, 572.

retrait de l'–, 590, 653.

usurpation, 467.

Actionnariat

- des salariés, 534 s.
- direct, 249.
- populaire, 249.

1. Abréviations : GIE : groupement d'intérêt économique ; SA : société anonyme ; SARL : société à responsabilité limitée ; SCA : société en commandite par actions ; SCS : société en commandite simple ; SNC : société en nom collectif.

Actions, 276 s.

- à bons de souscription d'actions, 362.
- à dividende prioritaire sans droit de vote, 289, 310.
- au porteur, 282, 286.
- identifiable (enregistré), 272, 286.
- à vote plural, 309, 539.
- d'apport, 287, 318, 565.
- d'autocontrôle, 663.
- de capital, 288.
- de garantie, 316, 375.
- d'initié, 284.
- de jouissance, 288.
- de numéraire, 287.
- de préemption, 325 s.
- de préférence, **289 s.**, 295-1, 310, 552 (SA) ; 595-10 (SAS).
- en compte-joint, 278.
- en déshérence, 305.
- en indivision, 278, 467, 472.
- en usufruit, 278, 467, 492, 557.
- inaliénables, 316.
- nominatives, 282 s.
- ordinaires, 289.
- privilégiées, 291.
- reflet, 289.
- sans droit de vote, 311, 312.
- sous séquestre, 467.
- spécifique, 320.
- traçantes, 291.
- achat par la société de ses –, 279 s.
- attribution d'actions gratuites, 420, 537, 537-1, 568.
- catégories d'–, 289 s., 381, 497, 681, 682.
- certificats pétroliers, 290.
- cession d'–, 654
- clause d'agrément, 320 s.
- copropriété d'–, 278, 314.
- coupures d'–, 277, 278.
- définition, 276.
- dématérialisation, 271.
- division des –, 277.
- don manuel, 286
- évaluation des –, 277.
- gages des –, v. *nantissement*.
- indivisibilité des –, 278.
- jumelage d'–, 674
- libération des –, 260, 261.

location d'–, 285-1.

- nantissement des –, 273, 280, **285**, 286, 323, 572.
- négociabilité des –, 315 s.
- nominal, 277.
- paiement du dividende en –, 300.
- pair, 277.
- portage d'–, 42, 539, 647.
- préemption des –, 325 s.
- prêt d'–, 285-1, 375.
- promesse d'–, 318.
- propriété des –, 278, 285.
- rachat par la société de ses –, 279 s.
- regroupement des –, 277.
- rendement des –, 295.
- réserve de propriété des –, 286.
- saisie, 273-1.
- transfert de propriété, 285.
- types d'–, 282 s.
- valeurs des –, 277.
- vote, 306 s.

Actions en justice

- en comblement du passif, 200 (SARL) ; 235 (EURL) ; 414 (SA).
- en régularisation, 71.
- en responsabilité contre les commissaires aux comptes, 519.
- en responsabilité contre les dirigeants, 406 s.
- individuelles, 199 (SARL), 409 (SA).
- sociales, 141 (SNC), 199 (SARL), 410 s. (SA).

Activité économique, 37.**Administrateurs, 373 s.**

- de complaisance, 405.
- délégués, 425.
- indépendants, 375.
- personne morale, 376.
- actions de garantie, 316, 375.
- âge, 377.
- aval, 400.
- cautionnement, 400.
- cessation des fonctions, 384 s.
- charte de l'–, 388.
- comblement du passif, 414.
- concurrence, 384.
- contrat de travail, 389.
- convention avec la société, 398 s.
- convention de vote, 381.
- cooptation, 383.

- cumul de mandats, 378.
- déchéances, 380.
- démission, 385, 407.
- droits et obligations, 388.
- durée des fonctions, 383.
- faute de gestion, 406.
- fusion, 373.
- garanties, 400.
- incompatibilités, 379.
- information, 388.
- interdictions, 380.
- nombre d'—, 373, 383.
- nomination, 374 s., 383 s.
- obligation de discrétion, 388, 393.
- pouvoirs, 391.
- qualité d'actionnaire, 375.
- quitus, 375, 412.
- rémunération, 389, 390, 390-1, 400, 475.
 - publicité des —, 390-1.
- renouvellement, 384.
- répartition des sièges, 381.
- représentants des salariés, 373, 382.
- représentants permanents, 376.
- responsabilité civile, 406 s.
- responsabilité pénale, 415 s.
- retraite, 390, 400.
- révocation, 386, 389.
- salariés, 541 s.
 - actionnaires, 541-1.
- statut juridique, 387 s.
- Administrateur provisoire**, 113, 114, 383, 573 s.
 - groupe de sociétés, 669.
- conditions de nomination, 574.
- contrôleur de gestion, 577.
- mission, 576.
- observateur de gestion, 577.
- procédure, 575.
- rémunération, 575.
- responsabilités, 576.
- Affectation des résultats**, 154 (SNC), 546 s. (SA).
- Affectio societatis**, 43 s., 68, 113, 233, 578, 597, 599, 615.
- Agents de change**, 162, 274-1, 275.
- Agrément**, 220 s. (SARL); 320 s. (SA).
- Aides**, 57.
- Alerte**, v. *Procédure d'alerte*.
- Alternext**, 274-3.
- A M F**, 274-2, 525 s.
- Amortissement**
 - du capital, 288.
 - des obligations, 337 s.
- Analystes financiers**, 525.
- Apparence**, 46, 94, 95, 615.
- Appel public à l'épargne**, 14, 256 s.
- Appellation**, 81 s.
- Apports**, 28 s., v. aussi *Capital*.
 - de fonds de commerce, 31.
 - en industrie, 34, 112, 125, 181 (SARL), 595-5 (SAS), 603.
 - en jouissance, 32, 125.
 - en nature, 30 s.
 - en numéraire, 29.
 - en période suspecte, 261.
 - en propriété, 31.
 - en usufruit, 33.
 - fictif, 28, 68.
 - frauduleux, 31.
- fiscalité, 34-1.
- majoration frauduleuse d'apports en nature, 180, 261, 565.
- restitutions des apports, 76, 672.
- Apports partiels d'actif**, 647, 672, 679-2, 684, 686, 687.
- Arbitrage**, 219, 220, 646, 654, 655.
- Assemblées d'actionnaires**, 456 s.
 - constitutive, 265.
 - extraordinaire, 488 s.
 - compétence, 488 s.
 - limites à la —, 489.
 - majorité, 493.
 - nullités, 495.
 - participants, 490.
 - publicité des décisions, 494.
 - quorum, 491.
 - vote, 306 s., 492.
 - mixtes, 496.
 - ordinaires, 458 s.
 - annuelle, 543 s.
 - affectation des résultats, 546 s.
 - ajournement, 464.
 - bureau, 480.
 - caractère obligatoire, 458.
 - compétence, 459.
 - convocation, 461 s.
 - sanction des règles de —, 466.
 - date, 545.

- débats, 482.
- feuille de présence, 480.
- incidents de séance, 386, 442.
- information des actionnaires, 472 s.
- permanente, 477.
- préalable, 473 s.
- sanctions, 478 s.
- majorité, 483.
- nullités d'—, 485 s.
- ordre du jour, 465.
- organisation, 480.
- participants, 467 s.
- entrave, 466.
- pouvoirs en blanc, 470, 473.
- procès-verbal, 484.
- projet de résolutions, 463, 465.
- questions diverses, 465.
- questions écrites, 476.
- quorum, 481.
- rapport de gestion, 544.
- record date*, 464.
- report, 464.
- représentation des actionnaires, 469.
- scrutateurs, 480.
- vote, 306 s., 482.
- par correspondance, 471.
- spéciales, 497.
- Assemblées d'associés**
 - SARL, 212.
 - SCS, 169.
 - SNC, 147.
- Assemblées d'obligataires**, 343 s.
- Association (L. 1901)**, 37 s.
 - émission de valeurs mobilières par les —, 329.
- Association d'actionnaires**, 293-1, 411, 461, 463, 476, 506, 507, 523.
- Association d'investisseurs**, 268, 293-1.
- Associés**
 - EURL, 241.
 - SARL, 177 s.
 - SCS, 166.
 - SNC, 146 s.
- augmentation des engagements, 149.
- exclusion d'—, 71, 105, 114.
- obligations des —, 112.
- pluralité d'—, 26.
- Attestation d'équité**, 525.
- Attribution d'actions gratuites**, 537.
- Attribution préférentielle**, 44, 124, 125, 617.
- Aufsichtsrat**, 438.
- Augmentation de capital**, 551 s. (SA).
 - règles communes, 552-3 s.
 - délégations, 552-6.
 - salariés, 552-1.
 - sanctions, 552-7.
 - par apports en nature, 563 s.
 - conditions, 564.
 - intérêts, 563.
 - prime d'apport, 555.
 - procédure, 565.
 - traité d'apport, 565.
 - par apports en numéraire, 553 s.
 - compensation de créance, 562.
 - conditions préalables, 554.
 - date de réalisation, 562.
 - droit préférentiel de souscription, 556 s.
 - à titre irréductible, 556.
 - à titre réductible, 558.
 - renonciation individuelle au —, 560.
 - suppression du —, 559.
 - equity lines*, 561.
 - intérêts, 553.
 - libération des actions, 562.
 - prime d'émission, 555.
 - publicité, 554.
 - rompus, 557.
 - salariés, 552-1.
 - souscription des actions, 561.
 - par incorporation des réserves, 566 s.
 - conditions, 567.
 - droits d'attribution, 568.
 - intérêts, 566.
 - réalisation, 568.
 - rompus, 568.
 - valeurs mobilières donnant accès au capital, 568-1.
- Autocontrôle**, 661 s.
- Auto-entrepreneur**, 6-1.

Autorité des Marchés Financiers, (AMF), 274-2, 525 s.
 Avals, cautions, garanties, 397.
 Avantages particuliers, 262, 565, 682.
 Avis de constitution, 61.
 Avocat, 155, 185, 220, 379.
 Avoir fiscal, 301.

B

Bail, 404, 685.
 Banqueroute, 200, 414.
 Bénéfices, 35 s.
 – distribuables, 546.
 Bilan social, 474.
 Billet de trésorerie, 267.
 Blanchiment, 512.
 Bloc de contrôle (garantie de cours), 653, 654.
 BODACC, 66.
 Boni de liquidation, 125, 127, 303.
 Bons d'offre (« Breton »), 493, 651-1.
 Bons de caisse, 328.
 Bons de créateur d'entreprise, 535-2.
 Bons de souscription autonomes, 348.
 Bonus, 420.
 Bourse, 274-1.
 Bulletin de souscription, 258.

C

Capacité, 47 s., 68, 71.
 Capital, v. aussi *Apports*.
 – autorisé, 554.
 – insuffisant, 57, 178.
 – minimum, 253 (SA) ; 178 (SARL) ; 592 (SCA).
 – muet, 291.
 – variable, 179.
 amortissement du –, 288.
 augmentation du –, 551 s. (SA).
 euro, 178, 253.
 fixité du –, 551.
 libération du –, 179 (SARL), 260 (SA).

perte de la moitié du –, 587.
 réduction du –, 569 s. (SA).
 souscription du –, 258.
 transparence du –, 659, 660.
 Capital investissement, 42, 291.
 Capital-risque, 42, 289.
 Capitaux propres, 587.
 Carte de commerçant étranger, 49.
 Casier judiciaire, 97.
 Cause, 55, 68.
 Cautions
 autorisation, 397.
 avals, garanties, 397.
 cessation des fonctions, 187.
 dirigeants (fiscalité), 191.
 fusion, 687.
 groupes, 665.
 interdiction, 400.
 soc. civile, 7.
 soc. en nom collectif, 140.
 transformation, 103.
 Censeurs, 426.
 Centrales de trésorerie, 666.
 Centre de formalités des entreprises (CFE), 56, 62 s., 626.
 Centres de logistiques, 666.
 CEO (*Chief Executive Officer*), 417.
 Certificats de valeur garantie (CVG), 650-1.
 Certificats d'investissement, 346.
 Certificats pétroliers, 290, 357.
 Cession d'actif, 120.
 Cession de contrôle, 654 s.
 – acte, notion fiscale, 654
 – clauses léonines, 42, 656.
 – compétence, 654.
 – garantie de passif, 655.
 – nature de l'opération, 654, 657.
 – prix, 655, 656.
 – régime fiscal, 657.
 – salariés, 654.
 Cession en blanc, 191.
 Cession forcée, 200.
 Chairman, 417.
 Class action, 410.
 Clauses
 – buy or sell, 305.
 – compromisaires, 220, 654, 655.
 – d'agrément, 157 (SNC), 220 s. (SARL), 320 s., 687 (SA), 595-14 (SAS.).

- d'autorisation, 412.
- d'avis, 412.
- de garantie de passif, 151, 219, 655.
- de non concurrence, 655.
- de plafonnement, 308.
- de préemption, 325 s.
- de rachat, 156 (SNC), 305, 321 (SA).
- de *ratchet*, 539.
- de sortie conjointe, 58.
- de *vesting*, 655-2.
- d'*earn out*, 655-2, 656.
- d'inaliénabilité, 317, 595-13 (SAS).
- d'intérêt fixe, 42, 296, 297.
- intercalaires, 296.
- léonines, 41 s., 68, 154, 656.
- *pari passu*, 334.
- pénales, 326.
- restrictives de pouvoirs, 95.

Code APE, 65.

Code de bonne conduite, 535.

Code de commerce, 18.

Codification, 17, 18.

Collectivités locales, 50, 57.

Colportage, 274.

Comblement du passif, 200 (SARL), 235 (EURL), 413 (SA).

Comité d'entreprise, 528 s.
européen, 670.

comité de groupe, 670.

Comités d'études (ou de direction), 426, 436, 451, 489.

- d'audit, 503, 509, 513-1.
- des rémunérations, 420.
- de sélection, 375.

Commanditaires, 166, 168 (SCS) ; 591, 594 (SCA).

Commandite par actions (société en), 589 s.

- associés, 591.
- avantages et inconvénients, 590, 663.
- capital social, 592.
- caractéristiques, 589.
- conseil de surveillance, 594.
- contrôles, 594.
- dénomination sociale, 592.
- dissolution, 595.
- gérance, 593.

Commandite simple (société en), 162 s.

- apports, 167.
- associés, 166.
- avantages et inconvénients, 163.
- décisions collectives, 169.
- défense d'immixtion du commanditaire, 168.
- dénomination sociale, 165.
- dissolution, 172.
- gérance, 168.
- intuitus personae*, 162.
- parts sociales, 170 s.
- statuts, 164.
- transformation, 169.

Commandités, 166, 168 (SCS) ; 591, 593 (SCA).

Commerçants détaillants, 622.

Commissaire à la transformation, 230 (SARL), 584 (SA), 595-6 (SAS).

Commissaire à la fusion, 680.

Commissaire aux apports, 180 (SARL) ; 261, 565 (SA) ; 681 (fusion).

Commissaire aux comptes, 499 s.

- dans les EURL, 240.
- dans les GIE, 632.
- dans les SA, 499 s.
- dans les SARL, 203 s.
- dans les SAS, 595-11.
- dans les SNC, 145.
- accès à la profession, 501.
- alerte, 514.
- association, 499.
- attributions, 510 s.
- blanchiment, 512.
- bonnes pratiques, 502.
- certification, 511.
- cessation des fonctions, 505 s.
- chambre de discipline, 502, 521.
- code de déontologie, 503-1, 518.
- compagnie des –, 502.
- comptes consolidés, 664.
- contrôle des –, 518-1.
- contrôle des comptes, 511.
- convocation, 464.
- déclaration de soupçon, 512.
- démission, 505.
- durée des fonctions, 505.
- égalité entre actionnaires, 513.

- Enron*, 499.
 entrave aux fonctions, 517.
 évolution, 499.
going concern, 514.
 Haut conseil, 502.
 honoraires, 509.
 immixtion dans la gestion, 511, 514, 518.
 incompatibilités, 503-1.
 indépendance, 503-1, 508.
 information (droit d'), 516.
 inspection des —, 518-1.
 investigation (droit d'), 517.
 lettre de mission, 509.
 liquidation de la société, 121.
 missions spéciales, 513.
 missions traditionnelles, 511 s.
 contrôle des comptes, 511.
 information, 512.
 nature des fonctions, 500.
 nombre, 503.
 nomination, 503 s.
 normes, 502, 511.
 obligations, 518.
 de moyen ou de résultat, 519.
 organisation professionnelle, 502.
 origine, 499.
 permanence, 518.
 personne morale de droit privé non commerçante, 499.
 prérogatives, 515 s.
 rapports, 511, 512.
 récusation, 507.
 redressement judiciaire, 519.
 relèvement, 506.
 rémunération, 509.
 réseau, 503-1, 509.
 responsabilité administrative, 521-1.
 responsabilité civile, 519.
 responsabilité disciplinaire, 521.
 responsabilité pénale, 520.
 révélation des faits délictueux, 512, 520.
 révocation, 506.
 rotation des —, 505.
 secret professionnel, 518, 520.
 sociétés de —, 501.
 statut, 501 s.
 suppléants, 503, 508.
 suspension provisoire, 518-1.
 transformation de la société, 101.
 Commission d'allégement, 17, 28.
 Commission des opérations de bourse (COB), 18, 525, 526.
 Compétence, 90.
 cession d'actions, 315, 654.
 cession de parts sociales, 219.
 Compte courant, 29, 29-1, 219, 226, 260, 562, 665.
 Comptes consolidés, 664.
 Comptes sociaux, 215 (SARL), 242 (EURL), 543 (SA).
 dépôt des —, 215 (SARL), 545 (SA)
 Concentration, 19, 649, 673.
 Concert, v. *Action de concert*.
 Concubins, 44, 616.
 Concurrence, 77, 187, 384, 642, 655, 673.
 Conflits d'intérêts, 398.
 Confusion de patrimoine, 116, v. *Fusion-simplifiée*.
 Conjoint, 48.
 Conseil d'administration, 371 s.
 abus de droit, 394.
 administrateurs, 373 s. ; V. ce mot.
 attributions générales du —, 402 s.
 attributions particulières du —, 396.
 cautions, avals, garanties, 397.
 collégialité, 391.
 comité d'entreprise, 392.
 commissaires aux comptes, 392.
 convention de vote, 393.
 convocation du —, 392, 394.
 délégation de pouvoirs, 390.
 fonctionnement, 391 s.
 fonds de commerce, 404.
 fraude, 394.
 limitation conventionnelle des pouvoirs du —, 405.
 nullités, 394.
 objet social, 403.
 obligation de discrétion, 393.
 ordre du jour, 392.
 origine, 372.
 pouvoirs, 395.
 président de séance, 393.
 procès-verbal, 393.
 quorum, 393, 394.
 rapport de gestion, 544.
 redressement judiciaire, 413 s.
 responsabilités, 406 s.
 visioconférence, 392.

vote, 393.
(V. aussi *Administrateur*).
Conseil de surveillance (SA), 447 s.
 attribution générale, 451.
 attributions particulières, 452.
 contrat de travail, 448.
 durée des fonctions, 449.
 fonctionnement, 450.
 nomination, 447.
 organisation, 450.
 rémunération, 448.
 responsabilités, 453, 454.
 (V. aussi *Directoire*).
Conseil des Bourses de Valeurs (CBV), 274-1.
Conseil des marchés financiers (CMF), 274-2.
Consentement, 45 s., 68, 71.
Consolidation des comptes, 664.
Constitution des sociétés, 45 s.
 sanctions des irrégularités de —, 67 s.
Consultation des associés, 211, 213 (SARL) ; 147 (SNC) ; 169 (SCS).
Contractualisation, 18.
Contradictoire, 431.
Contrat de travail
 – et société, 44.
 – et société en participation, 599.
 administrateur, 389.
 directeur général, 432.
 gérant (SARL), 186.
 membre du directoire, 440.
 membre du conseil de surveillance, 448.
 Président-directeur général, 421.
Contribution aux pertes, 40.
Contrôle, 643 s.
Contrôle interne, 393, 423, 450, 512, 544.
Contrôleurs (liquidation), 121.
Contrôleur de gestion, 577.
Conventions avec la société.
 administrateurs, 398 s.
 associés, 217, 218 (SARL), 243 (EURL).
 dirigeants de SAS., 595-12, 595-19.
 gérant, 217, 218 (SARL), 243 (EURL).

membres du conseil de surveillance, 452.
 membres du directoire, 452.
Convention d'assistance, 400.
Conventions de successeur, 4, 666 (intragroupe).
Conventions de vote, 58, 314, 381, 643, 664.
Coopératives, 9, 35.
 – européennes, 9.
Corporate governance, v. *gouvernement d'entreprise*.
Cotation en bourse (admission), 14.
Coup d'accordéon, 572.
Croupier, 46, 156, 610.

D

Danone, 277, 308, 348, 650-1, 651.
Data-room, 654.
Date de jouissance, 562.
Déchéances, 185, 380.
Déclaration de conformité, 63, 683.
Déclaration d'intention, 660.
Déclaration notariée, 260.
Defeasance, 337.
Défense anti OPA-OPE, 651.
Délégation de pouvoirs, 396.
 – pénal, 97.
Délit d'entrave (au fonctionnement du comité d'entreprise), 392.
Délit d'initié, 275.
Démarchage, 256, 274.
Dématérialisation, 268 s.
Démembrement, 278.
Démission en blanc, 187 (gérant de SARL), 419 (SA).
Démocratisation du secteur public, 9, 540.
Dénomination sociale, 81, 115, 133 (S.N.C.), 165 (SCS), 182 (SARL).
Département, 643.
Dépénalisation, 414.
Dettes sociales, 40.
Développement durable, 544, 668.
Devoir de loyauté, 219, 388.
Directeur général, 429 s.
 assurance, 437-1.
 cessation des fonctions, 431.
 contrat de travail, 432.

- délégation de pouvoirs, 435.
 - nomination, 430.
 - pouvoirs, 433 s.
 - rémunération, 430.
 - responsabilités, 437-1.
 - révocation, 431.
 - statut du —, 430 s.
 - Directeur général délégué**, 429.
 - pouvoirs, 436 s.
 - responsabilités, 437-2.
 - statut, 432-1.
 - Directeur général unique**, 439, 445.
 - Directives européennes**, 19, 68, 248, 486.
 - sur les services d'investissement (DSI), 274-2.
 - Directoire**, 439 s.
 - attributions, 444, 445.
 - contrat de travail, 439, 440.
 - convention avec la société, 452.
 - directeur général, 443 s.
 - directeur général unique, 439, 445.
 - durée des fonctions, 441.
 - nomination des membres du —, 439.
 - organisation, 443.
 - président, 443 s.
 - rémunération, 440.
 - responsabilités, 446.
 - révocation, 442.
 - (V. aussi *Conseil de surveillance*).
 - Directoire et conseil de surveillance** (société avec), 438 s.
 - avantages et inconvénients, 455.
 - origines, 438.
 - transformation, 98.
 - (V. aussi *Conseil de surveillance*, *Directoire*).
 - Dirigeant de complaisance**, 405.
 - Dirigeants de fait**, 200, 202, 207, 412, 413, 453.
 - Dirigeants sociaux**
 - assurance responsabilité, 437-1.
 - cautionnement, 174.
 - devoir de loyauté, 219, 388.
 - liquidation de la société, 120.
 - nomination, 95.
 - pouvoir légal de gestion, 95.
 - rémunération, 390.
 - responsabilité civile, 405 s., 424, 437-1, 446.
 - responsabilité pénale, 97.
 - responsabilité personnelle, 94, 658.
 - retirés, 95.
 - transformation de la société, 101.
 - Dissolution**, 105 s.
 - anticipée, 111 s.
 - indirecte, 140.
 - causes de —, 105 s.
 - effets, 115 s.
 - fiscalité, 127.
 - publicité, 115.
 - sans liquidation, 116.
 - Dividendes**, 294 s.
 - cumulatifs, 262, 291.
 - fictifs, 154, 202, 297, 416, 549, 556.
 - majorés, 291.
 - préciputaires, 262, 291.
 - prioritaires, 225 (SARL), 291, 295 (SA).
 - statutaires, 295.
 - acomptes sur —, 299.
 - avoir fiscal, 301.
 - dividend access, 301.
 - droit au dividende, 294, 549.
 - paiement du —, 298.
 - paiement du — en actions, 300.
 - précompte, 301.
 - prescription, 298.
 - régime fiscal, 301.
 - renonciation, 294.
 - superdividende, 295.
 - Documents de gestion prévisionnelle**, 530, 543, 627.
 - Document de référence**, 472.
 - Domicile**, 82.
 - Domiciliation**, 84.
 - Droit de retrait (actionnaire)**, 653.
 - Droit de vote**, 306 s. V. *vote*.
 - Droit préférentiel de souscription**, 302, 348, 353, 358, 363, 366, 556 s.
 - DSI (Directive sur les services d'investissement)**, 274-1.
 - Durée (de la société)**, 105.
- E**
- EARL**, 10, 237, 238.
 - Earn out**, 655-2, 656.

Économies, 35 s.
 Écu, 178, 253, 545.
 Égalité entre associés, 227 (SARL), 513, 570 (SA).
 Engagement de bonne fin, 562.
 Engagement des actionnaires
 augmentation des —, 489.
 Engagement d'honneur, 314.
 Enron, 19, 499.
 Ententes, 622.
 Entités d'intérêt public (EIP), 513-1.
 Entrave, 392, 543.
 Entreprise, 23, 233, 248.
 Entreprise-pilote, 616, 637.
 Environnement, 544, 668.
 Épargne salariale, 532.
 Époux (sociétés entre), 48.
 parts sociales d'—, 219, 226.
 Equity lines, 561.
 Escroquerie, 186, 219.
 Établissements publics, 50.
 Établissement stable, 643.
 Étrangers, 49.
 EURL, 92, 231 s.
 affectio societatis, 233.
 agriculture (EARL), 10, 237, 238.
 associé unique, 237, 241 s.
 décès, 244.
 avantages de l'—, 234.
 cautionnement, 235.
 commissaire aux comptes, 240.
 comptes annuels, 242.
 confusion des patrimoines, 235, 239.
 conventions avec la société, 243.
 création, 236.
 décisions sociales, 241.
 dissolution, 245.
 entreprise, 231, 233.
 filiales, 234.
 fiscalité, 235.
 gérant, 239.
 groupe de sociétés, 234, 237.
 inconvenients de l'—, 235.
 informations, 242.
 objet, 238.
 origines, 231.
 parts sociales, 241.
 patrimoine d'affectation, 232.
 personne morale, 237, 239.
 rapport de gestion, 242.

redressement judiciaire, 235.
 régularisation, 237.
 société fictive, 231.
 statistiques, 235.
 statuts, 236.
 statuts-types, 239.
 transmission de l'entreprise, 234.
 Euro, 178 (SARL), 253, 277 (SA)
 Euroclear France, 271.
 Eurolist, 274-3.
 Euronext, 274-3.
 Exclusion d'un associé, 9 (coopératives), 10 (SCM), 71, 108, 114, 157, 158, (SNC) 172, (SCS), 595-16 s. (SAS.), 629 (GIE), 305, 321, 651-3 (SA).
 Exécution en bourse, 260.
 Exécution forcée, 58, 414, 651-3.
 Exercices sociaux, 543 s.
 Expert, 324.
 Expert indépendant, 651-3.
 Experts comptables, 528.
 (société d'—), 89, 185.
 Expert de gestion, 209, 228, 476, 522 s., 595-12.
 COB, 523.
 comité d'entreprise, 523.
 conditions de nomination, 523.
 expertise *in futurum*, 523.
 honoraires, 524.
 ministère public, 523.
 mission, 524.
 origines, 522.
 Expert de minorité, 522.

F

Faute de gestion, 198, 200, 406, 519.
 Faux bilan, 543.
 Faux en écriture, 393, 484.
 Fiducie, 42, 232, 337, 660-1, *fiscal* v. 42.
 Filiales, 234, 643 s.
 dirigeants de —, 432.
 Filiales communes, 130, 325 s., 393, 620, 646, 673.
 Filialisation, 684.
 Fondateurs, 63 s., 73, 76 s., 257.
 Fondation (actes accomplis pendant la —), 77 s.

Fondé de pouvoir, 427, 429.
 Fonds d'investissement de proximité, 268, 315-1, 535-2.
 Fonds commun de créances, 268.
 Fonds commun de placement, 249, 266, 268, 327.
 – d'entreprise (FCPE), 533.
 Fonds de commerce
 apport, 31, 181, 603.
 fusion, 685.
 location-gérance, 404, 640.
 vente, 140, 404.
 Fonds de pension, 532, 533.
 Fonds propres, 268.
 Fonds souverains, 249.
 Formalisme, 56.
 Formation (société en), 76.
 Franchiseur, 414.
 Franchissement de seuils, 660.
 Fraude, 55, 68, 486.
 Fraude fiscale, 52-1.
 Fusion, scission, 672 s.
 abus de majorité, 684.
 abus de pouvoirs, 684.
 – apparente, 683
 apport partiel d'actif, 647, 672, 686, 687.
 baux commerciaux, 687.
 cautionnement, 690.
 clause d'agrément, 687.
 commissaire à la fusion, 680.
 commissaire aux apports, 681.
 commissaire aux comptes, 680, 681, 689.
 concurrence, 673.
 conditions, 675 s.
 confusion de patrimoine, 116.
 créanciers, 690.
 date, 685.
 définition, 672.
 dirigeants, 688.
 droit européen, 674.
 effets, 685 s.
 évaluation des sociétés, 676.
 fiscalité, 679-1.
 fonds de commerce, 678, 687.
 nullités, 684.
 obligataires, 691.
 opposition, 690.
 période intercalaire, 685.
 phase préparatoire, 675.

projet de –, 678.
 protocole, 675.
 publicité, 683.
 rapport d'échange, 677.
 réalisation de la –, 680 s.
 réglementation, 674.
 salariés, 692.
 société absorbée ou scindée, 681.
 société bénéficiaire, 682, 687.
 transmission universelle, 687.

Fusion rapide, 281, 687.

Fusion simplifiée, 116, v. *Confusion de patrimoine*

Fusions transfrontalières, 674-1.

Fusion triangulaire, 675.

G

Gains, 35 s.

Garanties, avals, cautions, 397.

Garantie de cours, 653.

Garantie de passif, 151, 219, 655 s.

Garantie d'éviction, 655.

Gares principales, 82, 90.

Gérant.

– d'EURL, 239.

– de SCA, 593.

– de SCS, 168.

– de SNC, 136 s.

Gérant de SARL, 185 s.

– majoritaire, 191 s.

– minoritaire, 191 s.

caution, 191.

cessation des fonctions, 187 s.

concurrence, 187.

condition juridique, 190.

contrat de travail, 186.

convention avec la société, 217, 218.

démission, 187.

désignation, 185.

devoirs, 197.

pouvoirs, 194 s.

redressement judiciaire, 200.

régime fiscal, 191.

régime social, 192.

rémunération, 190, 191.

responsabilité civile, 198, 199.

responsabilité fiscale, 201.

responsabilité pénale, 202.

- révocation, 188, 189, 212.
 - statut, 185 s.
 - suppression du droit de vote, 200.
 - Gestion prévisionnelle**, 530, 543, 623.
 - Gmb H.**, 173.
 - Golden hello**, 386.
 - Golden share**, 320.
 - Gouvernement d'entreprise**, 248, 375, 388, 392, 395, 420, 422, 513-1.
 - code de -, 393.
 - Greffier**, 64.
 - Groupe de sociétés**, 641 s.
 - abandon de créances, 665.
 - abus de biens sociaux, 671.
 - abus de majorité, 669.
 - administrateur provisoire, 669.
 - contrat de travail, 186 (SARL), 389 (SA).
 - conventions de vote, 314.
 - conventions entre sociétés du groupe, 400.
 - domiciliation, 84.
 - EURL, 234, 237.
 - expert de gestion, 523.
 - fiscalité, 666.
 - microgroupe, 635.
 - nationalité, 88.
 - opérations de trésorerie, 665.
 - personnalité juridique, 658.
 - protection des créanciers, 668.
 - protection des minoritaires, 669.
 - protection des salariés, 670.
 - redressement judiciaire, 668.
 - régime fiscal, 666, 667.
 - société en sommeil, 106.
 - Groupement d'intérêt économique (GIE)**, 618 s.
 - administrateurs, 627.
 - alerte, 632.
 - apports, 624, 630.
 - assemblées, 628.
 - avantages et inconvénients, 619, 620.
 - bénéfices, 629.
 - capital, 624.
 - caractéristiques, 619.
 - cession de parts, 629.
 - commissaires aux comptes, 632.
 - conditions de fond, 622.
 - contrôle de la gestion, 631.
 - contrôle des comptes, 632.
 - cotisations, 624.
 - déclin, 620.
 - dissolution, 634.
 - documents prévisionnels, 627.
 - emprunt obligataire, 631, 632.
 - exclusion, 629.
 - formalités, 626.
 - liberté contractuelle, 619, 627.
 - liquidation, 634.
 - magasin collectif de commerçants indépendants, 622.
 - membres, 623.
 - droits des —, 629.
 - obligations des —, 630.
 - nullité, 626.
 - objet, 622.
 - origines, 618.
 - personnalité morale, 625.
 - propriété commerciale, 625.
 - redressement judiciaire, 630.
 - régime fiscal, 625.
 - règlement intérieur, 626, 630.
 - retrait, 629.
 - société et —, 39.
 - statistiques, 618.
 - transformation, 98, 633.
 - transparence, 625.
 - Groupement d'intérêt public**, 623.
 - Groupement européen d'intérêt économique (GEIE)**, 20, 621, 634-1 s.
 - Groupement momentané d'entreprises**, 601, 616, 637.
 - Guichet unique**, 64, 673.
- ## H
- Haut Conseil du commissariat aux comptes**, 502
 - Hierarchie des organes**, 395, 404, 425, 436, 444.
 - Holding**, 10 (SEL), 314, 404, 539 (RES), 641, 645.
 - Hors-cote**, 274-2.
 - Huissier**, 212 (SARL), 468 (SA).

I

- IFRS (normes), 502.
- Immatriculation, 62 s.
- Immixtion dans la gestion, 168, 453.
- Incidents de séance, 188, 386, 442.
- Indivision, 44, 124, 177, 599 s.
- Information
 - des actionnaires, 472 s.
 - prévisionnelle, 543, 547, 623.
 - privilégiée, 275.
- Infractions, 17.
- Infractions boursières, 275.
- Initiés, 19, 275, 284, 535.
- Injonction de faire, 198, 208, 248, 390-1, 393, 400, 414, 478, 545, 552-7.
- INPI, 19, 81, 235.
- Insaisissabilité (immeuble), 4, 232.
- Instruments financiers, 274-2.
- Interdiction, 185, 380.
- Intéressement des salariés, 532 s.
- Intérêt commun, 52-1.
- Intérêt social, 52-1, 574, 671 (groupe).
- Internet, 64, 471-1, 472, 481, 482.
- Intuitus personae, 129, 321.
- Investissements étrangers, 49, 86.
- Investisseurs qualifiés, 256.
- ISF, 5 (entrepreneur individuel), 13-1 (dirigeants de sociétés de personnes non soumises à l'IS), 29-1 (comptes courants d'associés), 390-2 (jetons de présence) 420 (dirigeants de sociétés soumises à l'IS), 595-3 (président de SAS).

J-K

- Jetons de présence, 390, 390-2.
- Joint venture, 601, 638.
- Justes motifs
 - dissolution de la société, 112.
 - révocation du gérant, 188 (SARL), 137 (SNC).
 - révocation des membres du directoire, 442.
- K bis, 65.

L

- Lettre d'intention (de confort), 397, 665.
- Liasse unique, 66.
- Libération des apports, 29 s., 259 s. (SA).
- Liquidateur, 115, 118 s.
 - contrôle du –, 121.
 - fin des fonctions, 123.
 - nomination, 119.
 - responsabilités, 121.
 - rôle, 120.
- Liquidation, 116 s.
 - acomptes sur –, 120.
 - clôture, 122 s.
 - personnalité morale de la société en –, 117 s.
- Liquidation judiciaire, 109. V. aussi *Redressement judiciaire*.
- LMBO, 539.
- Location
 - d'actions, 285
 - de parts sociales, 219.
- Location-gérance, 404, 640, 666-2.
- Loi NRE, 248.
- Loi Sarbanes-Oxley, 499.
- Loi sécurité financière, 248, 499.

M

- Magasin collectif, 622.
- Maintien de cours, 653.
- Majoration frauduleuse d'apports, 261, 565.
- Management, 435.
- Mandat apparent, 94.
- Mandataire *ad hoc*, 123, 228, 461, 545, 574, 581.
- Mandataires sociaux, 94.
- Mandats en blanc, 248, 470.
- Manquement d'initié, 275.
- Marché libre, 274-3.
- Marchés réglementés, 274-3.
- Masse
 - des obligataires, 339 s.
 - des titulaires de titres participatifs, 369.
- Mésentente, 112 s.

Microgroupe, 635.
Mineurs, 47, 157 (SNC), 171 (SCS).
Ministère public, 527.
Minitel, 275, 472, 545.
Minorité de blocage, 493, 554, 556.
Montages, 5, 74.
Multipropriété, 10, 36.

N

Nantissement

- d'actions, 273-1, 280, 285, 286, 323, 572.
- d'obligations, 334.
- de parts, 224 (SARL), 156 (SNC).
- de valeurs mobilières, 273-1.

Nationalisations

, 86.

Nationalité

, 85 s., 489.

Nom (commercial)

, 81.

Nom collectif (société en)

, 129 s.

- affectation des résultats, 154.
- apports, 132.
- assemblées, 147.
- associés, 131, 146, s.
- avantages, inconvénients, 130.
- capital social, 132.
- caractéristiques, 129.
- cautionnement, 140.
- comité d'entreprise, 147.
- commissaire aux comptes, 145.
- constitution (formalités), 135.
- continuation de la —, 157.
- créanciers sociaux, 149 s.
- dénomination sociale, 133.
- dépôt des comptes, 135.
- dissolution, 160 s.
- élimination d'un associé, 158.
- gérance, 136 s.
- héritier mineur, 157.
- information des associés, 146.
- objet, 134.
- parts sociales, 155 s.
- personnalité morale, 130.
- redressement judiciaire, 153.
- responsabilités des gérants, 141 s.
- salariés, 147.
- statuts, 159.
- transformation, 151.

Normes comptables

, 502.

Nouveau marché

, 274-1.

Nouvelle économie

, 249.

Noyaux stables (durs)

, 249, 317, 569, 645, 651.

- « dénoyautage », 317, 513.

Nullités (de sociétés)

, 68 s.

- causes, 68.
- demandeur, 69.
- effets, 72.
- exception de —, 70, 401, 487.
- prescription, 70.
- régularisation, 71.
- responsabilités, 73.

Numéro d'immatriculation

, 64.

Numéro SIRET

, 64.

O

Objet social

, 52 s., 95, 134 (SNC), 174, 178, 196 (SARL), 403, 425, 444 (SA).

- extinction, réalisation, 106.

- illicite, immoral, 68.

Obligataires

, 334 s.

- assemblées générales d'—, 343 s.
- droits individuels, 345.
- fusion, 345.
- masse des —, 339 s.
- représentants de la masse des —, 341 s.

Obligations

, 327 s.

- à coupon unique, 336.
- à coupon zéro, 336.
- à fenêtres, 337.
- à haut rendement (*high yield*), 335.
- à lots, 338.
- à prime, 338.
- à taux révisable (flottant), 335.
- à taux variable, 335.
- à warrant, 352.
- catastrophe, 27.
- cautionnées, 328.
- composées, 327.
- en monnaie étrangère, 338.
- foncières, 328.
- indexées, 338.
- participantes, 335.
- perpétuelles, 337.
- simples, 327.
- amortissement des —, 337 s.

associations, 37, 329.
 autorisation préalable, 329.
 avantages, inconvénients, 327.
 clause pari passu, 334.
 conditions d'émission, 328 s.
 définition, 327.
 dématérialisation, 330.
 dissolution de la société, 337.
 émission des —, 329 s.
 publicité de l'—, 332.
 fusion, 345.
 garanties, 329, 334.
 GIE, 329.
 inflation, 327.
 intérêt, 335 s.
 libération, 333.
 nantissement, 334.
 nature juridique, 334.
 nominal, 330.
 pair, 333.
 prescription, 336, 337.
 prime d'émission, 333.
 prime de remboursement, 338.
 rachat en bourse, 337.
 remboursement des —, 337 s.
 sauvegarde, 342.
 taux actuariel, 336.
 unité des droits, 335.
 valeurs, 330.
 vente à réméré, 334.
OAT, 328.
Obligations avec bons de souscription d'actions (OBSA), 327, 348.
Obligations à bons de souscription d'obligations (OBSO), 348.
Obligations convertibles en actions, 327, 348.
Obligations échangeables contre des actions, 327.
Obligations remboursables en actions (ORA), 348, 651.
Obligations remboursables en actions à bons de souscription d'actions (ORABSA), 651.
Observateur de gestion, 577.
OCEANE, 348.
Offices ministériels, 54.
Offre publique d'achat, offre publique d'échange (OPA, OPE), 249, 337, 649 s., 673.
 défense anti-OPA, OPE, 651.

Offre publique de rachat d'actions (OPRA), 279.
Offre publique de retrait, 590, 651-2.
Offre publique de vente (OPV), 249, 266, 652.
OPCVM, 267, 268, 306.
Open bid, 654.
Opération-accordéon, 227, 572.
Opérations de trésorerie (groupes), 665.
Opposition 120, (créanciers) 687 s. (fusion).
Options sur actions, 420, 535.
Ordre de mouvement, 285.
Ordre du jour, 212 (SARL), 465 (SA).
Organes de contrôle de la SA, 498 s.
Organisation légale des pouvoirs, 427 (SA).
OTC, 274-3, 321.

P

Pacs, 48.
Pacte d'actionnaires, 58, 595-13, 651, 660-2.
Pacte de collaboration, 1 74.
Pacte de famille, 314, 326.
Pacte de préemption, 326, 660-2.
Pair, 277, 330, 333.
Parachutes dorés, 386, 390-1, 400, 419, 420, 431, 442, 452, 535 (SA) ; 595-6 (SAS)
Paris-Bourse, 274-1, 650-1.
Partage, 124 s.
Participation aux bénéfices ou aux économies, 35 s.
Participation (des salariés), 532 s.
Participation (société en), 596 s.
 applications pratiques, 601.
 apports, 603.
 associés, 602 s., 610 s.
 avantages, inconvénients, 600.
 caractéristiques, 598.
 contrats voisins, 599.
 contribution aux pertes, 604.
 dissolution, 612.
 écrit, 605.
 évolution, 597.
 fonctionnement, 606 s.

- gérance, 607 s.
- liquidation, 613.
- originalité, 596.
- partage, 613.
- révélation aux tiers, 611.
- statut fiscal, 600.
- Participations**, 643 s.
 - croisées (réciproques), 661 s.
 - significatives, 660.
 - notification, 660-3.
- Parts de fondateur** (bénéficiaires), 360.
- Parts d'intérêt**, 12.
- Parts sociales**.
 - location de –, 219.
 - SARL, 219 s.
 - cession en blanc, 191.
 - SCS, 170 s.
 - SNC, 155 s.
- Passeport européen**, 274-2.
- Patrimoine d'affectation**, 232.
- Patrimoine social**, 91 s.
- PEA**
 - (plan d'épargne en actions), 268.
- Personnalité morale**, 74 s., 233, 658.
 - abus de la –, 231.
 - acte de procédure, 74.
 - disparition de la –, 123.
 - maintien de la –, 101, 105.
 - naissance de la –, 64, 74 s.
 - réalité ou fiction, 75.
 - responsabilité pénale de la –, 97.
- Personne morale de droit public**, 50.
- Pertes**, 40.
 - de la moitié du capital, 227 (SARL), 587 (SA).
- Placements privés**, 256.
- Plan d'épargne d'entreprise**, 533.
- Plan d'épargne retraite**, 532.
- Plaquette annuelle**, 474, 545.
- Plus-values**
 - à long terme (V. *Reserves*).
 - mobilières des particuliers, 315-1.
 - parts sociales de sociétés de personnes, 13-1.
- PME**, 664.
- Pool**
 - aérien, maritime, 638.
 - bancaire, 601, 651.
 - d'investissement, 601.
 - de trésorerie, 217, 665.
- Portage**, 42, 539, 647.
- Porte-fort**, 397, 430.
- Pourparlers**, 57.
- Pouvoirs des dirigeants**, 53, 196.
- Pouvoirs en blanc**, 248, 470.
- Préambule des statuts**, 58.
- Précompte**, 301.
- Prescription**, 199, 411, 416.
- Président-directeur général** (PDG), 417
 - révocation, 431
- Président dissocié** (non exécutif), 417 s.
- Président du conseil d'administration**, 417 s.
 - cessation des fonctions, 419.
 - contrat de travail, 421.
 - cumul de mandats, 418.
 - démission, 419.
 - durée des fonctions, 418.
 - empêchement, 419.
 - limite d'âge, 418.
 - nomination, 418.
 - pouvoirs, 422 s.
 - rapport du –, 393, 423.
 - régime fiscal, social, 420.
 - rémunération, 420, 475.
 - responsabilités, 424.
 - retraite, 420.
 - révocation, 419.
 - statut du –, 418 s.
- Presse**, 635.
- Prestataires de services d'investissement**, 274-2.
- Prêt**
 - intragroupe, 665.
 - et société, 44.
 - et société en participation, 599.
- Prête-nom**, 44, 46, 672.
- Prêts participatifs**, 40, 120, 549, 587.
- Prime**.
 - d'apport, 564.
 - de contrôle, 654.
 - d'émission, 302, 333, 555.
 - de fidélité, 295-1, 309, 539.
 - de fusion, 677.
 - de remboursement, 338.
- Privatisations**, 9, 249, 272, 538, 652.
- Procédure d'alerte**.

GIE, 632.
 SA, 476, 514, 528, 587.
 SARL, 174, 206, 210, 228.
Procès-verbaux, 393, 484.
Professions libérales, 10, 238 (EURL).
Promesse de société, 57, 257.
Prospectus, 256, 554.
Protocole d'accord, 57, 58, 257, 637, 646.

Q

Quartiers généraux, 666.
Quasi-fonds propres, 268.
Questions écrites.
 information des associés, 146 (SNC), 168 (SCS), 208 (SARL), 476 (SA).
 procédure d'alerte, 228 (SARL), 476 (SA).
Quirataires, 601.
Quitus, 122 (liquidateur), 141 (gérant de SNC), 199 (gérant de SARL), 411 (dirigeants de SA).

R

Rachat par la société de ses actions, 279 s.
Raison sociale, 81.
Ramassage en bourse, 648.
Rapport de gestion, 544, 660-3.
Rapport du président, 393, 423.
Rapport Bouton, 248, 375, 513-1.
Rapport Coulon, 414, 416, 521-1, 526.
Rapport Esambert, 279.
Rapport Marini, 248.
Rapport Sudreau, 372, 383, 437, 529.
Rapports Viénot, 248.
Récépissé de création d'entreprise, 65.
Recommandations AFEP-MEDEF, 389, 400, 432.
Reconnaissance mutuelle des sociétés, 20.
Record date, 464.

Redressement judiciaire, 4, 46, 51, 74, 83, 92, 118, 142, 153, 172, 200, 228, 235, 412 s.
Réduction du capital, 227, 569 s.
 conditions, 570.
 fiscalité, 571-1.
 motifs, 569.
 opération-accordéon, 227, 572.
 perte de la moitié du capital, 227 (SARL), 587 (SA).
 réalisation, 571.
Réévaluation libre du bilan, 547.
Référé, 575.
Registre du commerce, 37, 64.
Règlement amiable, 228.
Règlement intérieur, 58, 392, 443, 450, 626 (GIE).
Réglementation des sociétés, 15 s.
Régularisation de cours, 281.
Réméré, 285, 334.
Rémunérations des dirigeants
 publicité des —, 390-1.
Report à nouveau, 548, 550.
Représentant permanent, 376.
Représentation de la société, 94 s.
RES (rachat de l'entreprise par ses salariés), 539.
Rescrit, 281.
Réserves, 547 s.
 — facultatives, 548.
 — légales, 547.
 — libres, 549.
 — de participation, 547.
 — spéciales de plus-values à long terme, 547.
 — statutaires, 548.
Résolutions, 482.
Responsabilité pénale.
 — des personnes morales, 97.
 — du chef d'entreprise, 97.
Responsabilité fiscale, 201, 424.
Restructuration, 666, 679-2.
Retrait
 — actionnaires, 653.
 — associés (soc. civile), 7.
Retraite, 118, 390, 400, 420.
Révocabilité ad nutum, 386, 419, 431.
Rompus, 557, 568, 571, 677.

S

Saisie, 273-1.

Salariés

- accords de participation, 532, 533.
- actionnariat, 534 s.
- actions, 536.
 - achat d'—, 536, 538.
 - distribution gratuite d'—, 537.
- administrateurs, 541 s.
- alerte, 531.
- augmentation de capital, 552-1.
- cogestion, 529, 540.
- cosurveillance, 529.
- entrave au fonctionnement du comité d'entreprise, 530.
- fusion, scissions, 689.
- groupes de sociétés, 670.
- information permanente, 530.
- intéressement aux résultats, 532 s.
- LMBO, 539.
- membres du conseil de surveillance, 541 s.
- option de souscription ou d'achat d'actions, 535.
- participation des salariés, 532 s.
- privatisations, 538.
- rapport Sudreau, 529.
- RES, 539.
- stock option, 535.

SARL (société à responsabilité limitée), 173 s.

- « de famille », 193.
- abus de majorité, 225.
- administrateur provisoire, 573.
- affectation des résultats, 225.
- alerte, 206, 210.
- apport partiel d'actif, 228-1.
- apports, 179 s.
- assemblées, 212.
 - décisions extraordinaires, 214, 216.
 - décisions ordinaires, 214, 215.
- associés, 177, 207 s.
 - contrat de travail, 186.
 - contribution aux pertes, 207.
 - droits et obligations, 207 s.
 - information, 208.
 - nombre, 177.

avantages, inconvénients, 175.
bénéfices, 225.

capital social, 178.

- augmentation du —, 226.
- réduction du —, 227.

capital variable, 179.

caractère fermé, 220 s., 226.

caractéristiques, 174.

cautionnement, 196.

comité d'entreprise, 212.

commissaire aux comptes, 203 s.

comptes sociaux, 215.

conseil de surveillance, 203.

constitution.

- formalités de —, 182.
- irrégularités de —, 184.
- publicité de la —, 183.

consultations écrites, 213.

conventions entre la société et l'un de ses gérants ou associés, 217, 218.

décisions collectives, 211.

dissolution, 229.

dividendes, 219.

- fictifs, 225.

emprunt obligataire, 227-1.

expertise de gestion, 209, 228.

formalités, 182.

fusion, 228-1.

garantie de passif, 219.

gérance, v. *Gérant de SARL GmbH*, 173.

liquidation judiciaire, 200.

objet social, 178.

obligations, 227-1.

opération-accordéon, 227.

ordre du jour, 212.

organisation, 185 s.

parts sociales, 219 s.

- cession des —, 220 s.
- nantissement des —, 224, 273-1.
- régime juridique des —, 219.
- saisie, 273-1.
- transmission des —, 223.

prévention des difficultés, 228 s.

publicité des comptes sociaux, 215.

questions écrites, 208.

redressement judiciaire, 200.

salariés, 212.

statuts, 182.

- transformation, 230.
vie financière, 225 s.
- SAS**, 21, 595-1 s.
apports en industrie, 595-5.
associés, 595-4.
augmentation de capital, 595-5.
capital social, 595-5.
changement de contrôle, 595-16.
clause d'agrément, 595-15.
– d'exclusion, 595-17.
– d'inaliénabilité, 595-14.
comité d'entreprise, 595-10.
commissaires aux comptes, 595-11.
conventions, 595-12.
décisions collectives, 595-10.
directeur général, 595-8-1.
dirigeants, 595-7.
expert de gestion, 595-13.
président, 595-8.
responsabilités, 595-9.
transformation, 595-6, 595-10.
- SASU**, 595-18 s.
- Sauvegarde**, 228, 412 s.
- Scission**, v. *Fusion*.
- SEL**, 10, 29, 89, 598.
- SELAS**, 595-2.
- Séparation des pouvoirs**, 395, 404, 425, 436, 444.
- Séquestre (actions sous)**, 326, 467.
- Services d'investissement**, 274-2.
- Seuils**, 660.
- SICAV**, 9, 10, 248, 268, 327.
- SICOMI**, 53.
- SICOVAM**, 271.
- Siège social**, 82 s.
– fictif, 83, 86, 88.
domiciliation, 84.
transfert du –, 83, 87, 159 (SNC), 216 (SARL), 396 (SA).
- Signification (actes de procédure)**, 95, 118.
- Simulation**, 46.
- SIREN**, 65.
- Société**
– à capital variable, 9.
– à directoire et conseil de surveillance, 438 et s., v. *Conseil de surveillance*, *Directoire*.
– à main unique, 27, 110.
– à objet sportif, 37.
– à participation ouvrière, 9, 34, 68.
– anonyme, v. ce mot.
– à responsabilité limitée, v. *SARL*.
– civile, 7, 11.
– civile agricole, 10.
– civile de placement immobilier, 10, 14.
– civile de moyens, 10.
– civile professionnelle, 10, 34.
– coopérative, 9.
– coopérative ouvrière de production (SCOP), 9, 640.
– créée de fait, 67, 613, 614 s., v. ce mot.
– de bourse, 162, 2741.
– de capital-risque, 289, 453.
– de capitaux, 12, 13, 246 s.
– de construction-vente, 10.
– d'économie mixte, 9, 50.
– d'exercice libéral (SEL) 10, 29, 89.
– de fait, 67, 72.
– de personnes, 12, 13.
– de presse, 178, 253, 654.
– de secours mutuel, 36.
– de sociétés, 646.
– des bourses françaises (SBF), 274-1.
– écran, 5.
– en commandite par actions, v. *Commandite par actions*.
– en commandite simple, v. *Commandite simple*.
– en formation, 76.
– en nom collectif, v. *Nom collectif*.
– en participation, v. *Participation*.
– en sommeil, 106.
– entre époux, 48.
– étrangère, 85 s.
– européenne, 20, 20-1, 438, 540.
– fermée, 13, 130, 256, 266, 320, 375, 650.
– fictive, 5, 43, 44, 46, 231.
– immobilière d'attribution, 35.
– internationale, 88.
– mère, 643 s.
– multinationale, 88.
– nationalisée, 9.
– par actions simplifiées, (SAS), 18.
– privée européenne, 20-1.

- unipersonnelle, 26, 27, 110.
- commercialité, 89 s.
- contrat ou institution, 21 s.
- contrats voisins, 44, 46.
- définition, 1.
- éléments constitutifs, 25 s.
- fiscalité, 5, 13.
- histoire, 15.
- intérêts du recours à la –, 3 s.
- nature juridique, 21 s.
- promesse de –, 57.
- responsabilités, 96 s.
 - et association, 37 s.
 - et GIE, 39.
 - faisant appel public à l'épargne, 14.
- civile et société commerciale, 11.
- Société anonyme**, 247 s.
 - simplifiée, 18, 247
 - actionnaires.
 - nombre d'–, 252.
 - affectio societatis, 249.
 - appel public à l'épargne, 256.
 - apports, 259 s.
 - en nature, 261.
 - en numéraire, 260.
 - autorisation gouvernementale, 246, 251.
 - avantages particuliers, 262.
 - capital social, 253.
 - souscription du –, 258.
 - caractère démocratique, 248.
 - constitution, 251 s.
 - avec appel public, 265, 266.
 - sans appel public, 257 s.
 - directives européennes, 248.
 - dissolution, 586 s.
 - diversité, 247.
 - fondation simultanée ou successive, 255.
 - hiérarchisation des organes, 248.
 - libération des apports, 260.
 - liquidation, 588.
 - objet social, 254, 434.
 - organisation
 - critique, 437-1.
 - partage, 588.
 - publicité de constitution, 264.
 - réglementation, 248.
 - rôle économique, 249.
 - souscription, 258.
 - fictive, 260.
 - statuts
 - projet de –, 257.
 - signature des –, 263.
 - transformation, 582 s.
 - valeurs mobilières, 267 s., 595-5.
- V. aussi, *Actionnaires, Actionnariat, Actions, Administrateurs, Assemblées d'actionnaires, Augmentation de capital, Commissaires aux comptes, Conseil d'administration, Conseil de surveillance, Directeur général, Directeur, Obligataires, Obligations, Président du conseil d'administration, Salariés.*
- Société créée de fait**, 67, 614 s.
 - affectio societatis, 615.
 - application, 616.
 - attribution préférentielle, 617.
 - contribution aux pertes, 617.
 - définition, 614.
 - éléments constitutifs, 615.
 - groupement momentané d'entreprises, 616.
 - liquidation, 617.
 - preuve, 615.
 - redressement judiciaire, 617.
- SOFICA**, 10.
- Souscription des actions**, 258.
- Sous-capitalisation**, 268, 666.
- Sous-traitance**, 639.
- Squeeze out**, 651-3.
- SRD**, 274-3.
- Statistiques**, 2, 235 (EURL), 247, 284 (sociétés cotées).
- Statuts**, 58.
 - mise en harmonie, 18.
 - nullité, 68.
 - types (EURL), 236.
- Stock option**, 420, 535, 535-1.
- Suir**, 595-2.
- Succursales**, 19, 83, 643.
- Syndicats**
 - de blocage (majorité, défense), 314.
 - de prise ferme, 266, 331, 601.
 - financiers, 331, 601.

T

Titres

- anonymes, 272, 282.
- au porteur, 270 s.
 - identifiable (TPI), 272, 286.
- négociables, 155.
- nominatifs, 270 s.
 - administrés, purs, 285.
- vifs, 270.

Titres participatifs, 356 s.

Titrisation, 268.

Tontine, 28.

Tour de table, 57, 436.

Tracfin, 512.

Traité d'apport, 261, 565.

Traité de Rome, 19 s., 86.

Transformation, 98 s.

- conditions, 99.
- effets, 101 s.
- publicité, 100.
- régime fiscal, 104.
- société en liquidation, 118.

Transmission de l'entreprise, 234, 654.

Transparence, 74.

Trust, 42, v. *Fiducie*.

TSDI, 337.

U

Unité économique et sociale, 670.

Usufruit, 27, 151 (SNC), 212 (SARL), 278, 467, 482, 492, 523, 557 (SA), 278 (fiscal).

V

Valeurs mobilières, 267 s.

- donnant accès au capital, 346 s.
 - augmentation de capital différé, 350.

droit de communication, 354.

émission, 347 s.

groupe, 347.

masse, 353.

protection des porteurs, 351.

sanction, 355.

- donnant droit à l'attribution de créance, 346 s.

association de défense des porteurs, 268.

colportage, 274.

démarchage, 274.

dématérialisation, 271.

nantissement conventionnel, 285.

nantissement judiciaire, 273-1.

nature juridique, 269.

portefeuille, 268.

propriété, 278.

rôle économique et financier, 268.

saisie, 273-1.

transfert de propriété, 286.

virement de compte à compte, 273.

Venture capital, 539.

Verrouillage, 651, 661.

Visa (COB, AMF), 525.

Visioconférence, 58, 213-1, 392, 450, 471-1, 481, 482.

Vorstand, 438.

Vote, 306 s.

- à distance, 471-1.
- double, 309, 497, 539.
- électronique, 471-1.
- obligatoire, 268, 532.
- par correspondance, 213 (SARL), 471 (SA).

actions sans droit de –, 290 s.

actions sous séquestre, 482.

conventions de –, 58, 314, 381, 643, 664.

limitation du droit de –, 308.

nullité, 68, 306, 486.

opcvm, 306.

pouvoirs en blanc, 313, 470.

principe de proportionnalité, 307.

renonciation au droit de –, 313.

suppression du droit de –, 310 s.

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux pages)

INTRODUCTION.....	1
§ 1. Intérêts du recours à la forme sociale	3
§ 2. Différents types de sociétés	11
A. Sociétés types et sociétés particulières	11
1. Les sociétés civiles	11
2. Les sociétés commerciales	12
B. Sociétés civiles et sociétés commerciales	21
C. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux	22
D. Sociétés faisant ou non publiquement appel à l'épargne	25
§ 3. Réglementation des sociétés commerciales	26
A. Avant 1966	26
B. La réforme de 1966.....	27
C. Les textes postérieurs	28
§ 4. L'influence du Traité de Rome	32
§ 5. Nature juridique de la société	39
 PARTIE 1	
	RÈGLES COMMUNES À TOUTES LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES
	43
CHAPITRE 1	CARACTÈRES FONDAMENTAUX DES SOCIÉTÉS
	45
SECTION 1	LA PLURALITÉ D'ASSOCIÉS
	45
SECTION 2	LES APPORTS
	48
SECTION 3	LA PARTICIPATION AUX RÉSULTATS
	58
	§ 1. La participation aux bénéfices ou aux économies
	58
	§ 2. La participation aux pertes
	65
	§ 3. L'interdiction des clauses léonines
	66
SECTION 4	L'AFFECTIO SOCIETATIS
	71
CHAPITRE 2	LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ
	74
SECTION 1	LES CONDITIONS DE FOND
	74
	§ 1. Le consentement
	74
	§ 2. La capacité
	77

	§ 3. L'objet	80
	§ 4. La cause	85
SECTION 2	LES CONDITIONS DE FORME.....	86
	§ 1. Jusqu'à la signature des statuts	87
	§ 2. Postérieurement à la signature des statuts	91
SECTION 3	LES SANCTIONS DES IRRÉGULARITÉS DE CONSTITUTION	96
	§ 1. Le domaine des nullités	97
	§ 2. L'action en nullité	99
	§ 3. Les effets de la nullité	102
CHAPITRE 3	LA PERSONNALITÉ MORALE DES SOCIÉTÉS	105
SECTION 1	LA CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ.....	107
	§ 1. La société avant son immatriculation	107
	§ 2. Le sort des actes accomplis au cours de la période constitutive	110
SECTION 2	LA VIE DE LA SOCIÉTÉ.....	113
SOUS-SECTION 1	L'individualisation de la société	113
	§ 1. L'appellation de la société	113
	§ 2. Le siège social	115
	§ 3. La nationalité	118
	§ 4. Commercialité de la société	122
SOUS-SECTION 2	Le patrimoine de la société	123
SOUS-SECTION 3	La représentation de la société	125
SOUS-SECTION 4	Les responsabilités de la société	128
SECTION 3	LA TRANSFORMATION DE LA SOCIÉTÉ	132
	§ 1. Conditions de la transformation	133
	§ 2. Effets de la transformation	134
SECTION 4	LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ.....	138
	§ 1. Les causes de dissolution	139
	A. Dissolution de plein droit	139
	B. Dissolution provoquée.....	142
	§ 2. Les effets de la dissolution	146
	A. Liquidation.....	147
	a. <i>Statut de la société en liquidation</i>	148
	b. <i>Modalités de la liquidation</i>	150

	c. Clôture de la liquidation	154
	B. Partage.....	155
PARTIE 2	RÈGLES PROPRES À CHAQUE TYPE DE SOCIÉTÉ	161
TITRE 1	LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES	163
CHAPITRE 1	LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF	165
SECTION 1	LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.....	167
SECTION 2	L'ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF	170
	§ 1. La gérance	170
	A. Statut.....	170
	B. Attributions.....	172
	C. Responsabilités	174
	§ 2. Le commissaire aux comptes	176
	§ 3. Les associés	176
	A. Droits des associés.....	176
	B. Obligations des associés.....	178
SECTION 3	LA VIE DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF	182
	§ 1. Les résultats financiers	182
	§ 2. Le changement d'associé	183
	§ 3. La modification des statuts	187
SECTION 4	LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF	187
CHAPITRE 2	LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE	189
SECTION 1	LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE	191
SECTION 2	LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE	192
SECTION 3	LES PARTS SOCIALES	194
SECTION 4	LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE	195
TITRE 2	LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE	197
CHAPITRE 1	LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE DE TYPE TRADITIONNEL (SARL)	199

SECTION 1	LA CONSTITUTION DE LA SARL.....	203
	§ 1. Les conditions de fond	203
	§ 2. Les conditions de forme	207
SECTION 2	L'ORGANISATION DE LA SARL.....	208
	§ 1. La gérance	209
	A. Statut.....	209
	B. Attributions.....	219
	C. Responsabilités.....	222
	§ 2. Le commissaire aux comptes	229
	§ 3. Les associés non gérants	231
	A. Droits et obligations pécuniaires	231
	B. Droit d'intervention dans la vie sociale	232
	C. Les parts sociales	243
SECTION 3	LA VIE FINANCIÈRE DE LA SARL.....	252
	§ 1. L'affectation du résultat	252
	§ 2. Les modifications du capital	253
	§ 3. L'émission d'obligations	255
	§ 4. La prévention des difficultés	256
SECTION 4	FUSION, DISSOLUTION, TRANSFORMATION DE LA SARL.....	257
CHAPITRE 2	L'ENTREPRISE UNIPERSONNELLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (EURL)	260
SECTION 1	LA CRÉATION DE L'EURL	265
SECTION 2	LE FONCTIONNEMENT DE L'EURL.....	267
	§ 1. Le gérant	267
	§ 2. Le commissaire aux comptes	268
	§ 3. L'associé unique	269
TITRE 3	LES SOCIÉTÉS DE CAPITALAUX	273
SOUS-TITRE 1	La société anonyme	275
CHAPITRE 1	LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	285
SECTION 1	LES CONDITIONS DE FOND DE CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.....	285
SECTION 2	LES PROCÉDURES DE CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.....	287

	§ 1. La constitution sans offre au public	290
	§ 2. La constitution avec offre au public	297
CHAPITRE 2	LES VALEURS MOBILIÈRES	299
SECTION 1	RÈGLES COMMUNES AUX VALEURS MOBILIÈRES	304
SECTION 2	LES ACTIONS.....	319
SOUS-SECTION 1	Caractéristiques des actions	319
SOUS-SECTION 2	Les différents types d'actions	332
SOUS-SECTION 3	Les droits des actionnaires	346
	§ 1. Les droits pécuniaires de l'actionnaire	349
	A. Le droit au dividende	349
	B. Le droit à une part de l'actif social	359
	§ 2. Les droits extra-pécuniaires de l'actionnaire	360
	A. Le droit de faire partie de la société.....	360
	B. Le droit de vote	363
	a. <i>Le principe de proportionnalité</i>	364
	b. <i>Les atteintes au principe de proportionnalité</i>	364
	c. <i>La suppression du droit de vote</i>	366
	d. <i>La renonciation au droit de vote</i>	368
	C. Le droit de négocier ses actions	371
	a. <i>Les actions inaliénables</i>	374
	b. <i>Les actions non librement négociables</i>	375
SECTION 3	LES OBLIGATIONS	387
	§ 1. L'emprunt obligataire	390
	A. L'émission de l'emprunt	390
	B. La réalisation de l'émission	392
	§ 2. Droits des obligataires	393
	A. Paiement de l'intérêt.....	394
	B. Remboursement du capital	396
	§ 3. Groupeement des obligataires	399
	A. L'organisation de la masse	400
	a. <i>Les représentants de la masse</i>	400
	b. <i>L'assemblée générale des obligataires</i>	402
	B. Les pouvoirs de la masse	403
SECTION 4	LES VALEURS MOBILIÈRES DONNANT ACCÈS AU CAPITAL OU DONNANT DROIT À L'ATTRIBUTION DE TITRES DE CRÉANCE ..	404

	§ 1. Émission des valeurs	405
	§ 2. Réalisation de l'augmentation de capital différée	409
	§ 3. Protection des porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital	410
SECTION 5	LES AUTRES VALEURS MOBILIÈRES	413
SOUS-SECTION 1	Les titres participatifs	413
SOUS-SECTION 2	Les parts de fondateur	415
CHAPITRE 3	LES ORGANES DE GESTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	416
SECTION 1	LA SOCIÉTÉ ANONYME AVEC CONSEIL D'ADMINISTRATION.	416
SOUS-SECTION 1	Le conseil d'administration	418
	§ 1. La composition du conseil d'administration	418
	A. Recrutement des administrateurs	418
	B. Nomination et cessation des fonctions.....	428
	C. Statut des administrateurs	434
	§ 2. Le fonctionnement du conseil d'administration	447
	A. Conditions de réunion du conseil	448
	B. Pouvoirs du conseil d'administration	454
	a. <i>Attributions particulières</i>	455
	b. <i>Pouvoir général d'orientation, d'évocation et de surveillance</i>	470
	§ 3. Responsabilités des membres du conseil d'administration	474
	A. Responsabilité civile	474
	B. Responsabilité aggravée en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires de la société ..	481
	C. Responsabilité pénale	484
	§ 4. Le président du conseil d'administration	491
	A. Statut du président	493
	B. Attributions du président	504
	C. Responsabilités du président	506
	§ 5. Les organes supplémentaires	508
SOUS-SECTION 2	La direction générale de la société	510
	§ 1. Les statuts du directeur général et des directeurs généraux délégués	510
	A. Statut du directeur général	510
	B. Statut des directeurs généraux délégués	516

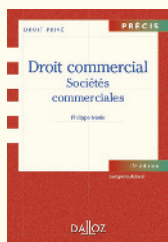
	§ 2. Les attributions du directeur général et des directeurs généraux délégués	517
	A. Les attributions du directeur général.....	517
	B. Les attributions des directeurs généraux délégués	520
	§ 3. Les responsabilités du directeur général et du directeur général délégué	521
SECTION 2	LA SOCIÉTÉ ANONYME AVEC DIRECTOIRE ET CONSEIL DE SURVEILLANCE	525
SOUS-SECTION 1	Le directoire	526
	§ 1. Statut	526
	§ 2. Fonctionnement	532
	§ 3. Responsabilités des membres du directoire	535
SOUS-SECTION 2	Le conseil de surveillance	535
	§ 1. Statut	535
	§ 2. Fonctionnement	538
	§ 3. Responsabilités des membres du conseil de surveillance	543
CHAPITRE 4	LES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES D'ACTIONNAIRES	546
SECTION 1	L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ORDINAIRE	547
	§ 1. Compétence de l'assemblée ordinaire	548
	§ 2. Fonctionnement de l'assemblée ordinaire	549
	A. Règles de convocation et d'admission à l'assemblée	549
	a. <i>Convocation à l'assemblée</i>	549
	b. <i>Admission à l'assemblée</i>	556
	B. Information des actionnaires	565
	a. <i>Droit de communication préalable</i>	566
	b. <i>Information permanente</i>	569
	c. <i>Sanctions du droit à l'information de l'actionnaire</i>	569
	C. Tenue de l'assemblée générale ordinaire	570
SECTION 2	L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE EXTRAORDINAIRE	578
	§ 1. Compétence de l'assemblée générale extraordinaire	578
	§ 2. Particularités de fonctionnement de l'assemblée générale extraordinaire	581
SECTION 3	L'ASSEMBLÉE MIXTE	584
SECTION 4	LES ASSEMBLÉES SPÉCIALES	586

CHAPITRE 5	LES ORGANES DE CONTRÔLE	588
SECTION 1	LES COMMISSAIRES AUX COMPTES	588
	§ 1. Le statut des commissaires aux comptes	591
	§ 2. Attributions des commissaires aux comptes	601
	A. Les missions traditionnelles	601
	B. La mission d'alerte.....	608
	§ 3. Conditions d'exercice de la mission des commissaires .	609
	§ 4. Responsabilités des commissaires aux comptes	613
SECTION 2	L'EXPERT DE GESTION	617
SECTION 3	L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS (AMF)	623
SECTION 4	LE MINISTÈRE PUBLIC.....	628
SECTION 5	LE COMITÉ D'ENTREPRISE	629
CHAPITRE 6	LES SALARIÉS	631
SECTION 1	L'INFORMATION DES SALARIÉS	633
SECTION 2	LA PARTICIPATION FINANCIÈRE	636
	§ 1. L'intéressement des salariés à l'entreprise	636
	§ 2. La participation au capital	641
	§ 3. Le rachat de l'entreprise par ses salariés (RES)	653
SECTION 3	LA PARTICIPATION À LA GESTION.....	654
CHAPITRE 7	LA VIE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.....	658
SECTION 1	LE FONCTIONNEMENT NORMAL DE LA SOCIÉTÉ	658
SOUS-SECTION 1	Les exercices sociaux	658
	§ 1. L'approbation des comptes	658
	§ 2. L'affectation du résultat	664
SOUS-SECTION 2	Les modifications du capital social.....	669
	§ 1. Les augmentations de capital	669
	A. Les règles communes	672
	B. L'augmentation du capital par apports en numéraire	675
	a. <i>Conditions de l'augmentation de capital</i>	676
	b. <i>Droit préférentiel de souscription</i>	679
	c. <i>Réalisation de l'augmentation de capital</i>	685
	C. L'augmentation du capital par apports en nature.....	688
	D. L'augmentation du capital par incorporation des réserves, bénéfices ou primes d'émission	690

	E. L'augmentation du capital résultant de l'exercice de droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital....	693
	§ 2. La réduction du capital	694
	§ 3. L'opération-accordéon	698
SECTION 2	LES INCIDENTS DE FONCTIONNEMENT	699
	§ 1. L'administrateur provisoire	700
	§ 2. Abus de majorité, abus de minorité	705
SECTION 3	LA TRANSFORMATION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME	711
SECTION 4	LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.....	714
SOUS-TITRE 2	La société en commandite par actions	718
SECTION 1	LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.....	721
SECTION 2	LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITÉ PAR ACTIONS.....	721
SECTION 3	LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.....	723
SOUS-TITRE 3	La société par actions simplifiée (SAS)	725
SECTION 1	LA CRÉATION DE LA SAS.....	728
	§ 1. La constitution de la SAS	728
	§ 2. La création par transformation d'une société existante	730
SECTION 2	L'ORGANISATION DE LA SAS.....	731
	§ 1. La direction de la SAS	731
	§ 2. Les décisions collectives	734
	§ 3. Les contrôles dans la SAS	736
SECTION 3	L'ACTIONNARIAT DE LA SAS.....	738
SECTION 4	LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE UNIPERSONNELLE (SASU).....	740
TITRE 4	LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION. LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT	743
CHAPITRE 1	LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION	745
SECTION 1	LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION	752

	§ 1. Conditions de fond	752
	§ 2. Conditions de forme	755
SECTION 2	LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION ...	755
	§ 1. La gérance	756
	§ 2. Les associés	757
SECTION 3	LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION	759
CHAPITRE 2	LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT	761
SECTION 1	LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT	762
SECTION 2	LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT	765
TITRE 5	LE GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE (GIE)	767
SECTION 1	LA CONSTITUTION DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE	770
	§ 1. Conditions de fond	770
	§ 2. Conditions de forme et de publicité	774
SECTION 2	LE FONCTIONNEMENT DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE	775
	§ 1. L'administration	775
	§ 2. Les membres du groupement	776
	§ 3. Le contrôle	779
SECTION 3	TRANSFORMATION, DISSOLUTION DU GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE	780
SECTION 4	LE GROUPEMENT EUROPÉEN D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE (GEIE)	782
PARTIE 3	LES GROUPES DE SOCIÉTÉS	785
CHAPITRE 1	LES LIENS CONTRACTUELS	789
CHAPITRE 2	LES LIENS FINANCIERS	793
SECTION 1	FILIALES, PARTICIPATIONS ET CONTRÔLE	797
SECTION 2	MODALITÉS DES PRISES DE PARTICIPATIONS	804
	§ 1. Prise de contrôle d'une société cotée en bourse	805
	A. L'achat en bourse	805

	B. Les offres publiques d'achat ou d'échange (OPA-OPE)	806
	C. La garantie de cours.....	830
	§ 2. Prise de contrôle d'une société non cotée	831
SECTION 3	CONSEQUENCES DES LIENS FINANCIERS	846
	§ 1. Les interventions législatives	847
	A. Notifications et informations.....	847
	B. Les participations réciproques (croisées)	857
	C. Consolidation des comptes	860
	D. Financement	862
	E. Régime fiscal	864
	§ 2. Les interventions jurisprudentielles	869
CHAPITRE 3	LES FUSIONS ET SCISSIONS	875
SECTION 1	LES CONDITIONS	880
	§ 1. Les conditions financières	881
	§ 2. Le projet de fusion ou de scission	884
	§ 3. Le régime fiscal de la fusion et des opérations assimilées	885
SECTION 2	LA RÉALISATION	890
SECTION 3	LES EFFETS	896
	§ 1. Date des effets	896
	§ 2. Effets à l'égard des sociétés	897
	§ 3. Effets à l'égard des organes sociaux	902
	§ 4. Effets à l'égard des créanciers et des salariés	903
	INDEX ALPHABÉTIQUE.....	907



Ce Précis, qui paraît désormais chaque année, est consacré aux sociétés commerciales et aux groupes de sociétés. Une place particulière est réservée au droit fiscal, présenté le plus souvent possible sous forme de tableaux et d'exemples.

Les règles applicables sont exposées avec clarté, dans le souci constant de leur application concrète, illustrées de nombreux exemples pratiques. L'actualité la plus récente est particulièrement développée avec, notamment, les réglementations et recommandations adoptées en matière de rémunérations et de parachutes dorés des dirigeants des sociétés cotées.

Les dernières décisions jurisprudentielles sur le droit de vote, la police des assemblées, la révocation des dirigeants sociaux, les garanties de passif, les abus de biens sociaux, les offres publiques, les actions de concert... ont été introduites dans le Précis.

L'ouvrage est divisé en trois parties :

- la première est consacrée aux règles communes à toutes les sociétés commerciales ;
- la deuxième partie présente les dispositions propres à chaque type de sociétés et aux groupements d'intérêt économique (GIE et GEIE). Une place privilégiée est réservée à la société à responsabilité limitée (SARL, EURL), à la société anonyme (SA) ainsi qu'à la société par actions simplifiée (SAS, SASU) qui, grâce à la souplesse qu'elle offre, rencontre de plus en plus de succès auprès des praticiens ;
- la troisième partie est réservée aux groupes de sociétés.

Un index alphabétique très détaillé permet une consultation optimale du Précis.

Philippe Merle est agrégé des Facultés de droit. Après avoir enseigné à l'Université Saint-Joseph de Beyrouth et à la Faculté de droit de Nancy, il est professeur de droit des affaires à l'Université Paris II (Panthéon-Assas).

Anne Fauchon est maître de conférences à l'Université Paris 13 (membre de l'IRDA), où elle enseigne le droit fiscal et le droit des sociétés.

Cet ouvrage bénéficie d'une actualisation régulière sur le site
www.precis.dalloz.fr

ISBN 978-2-247-08452-4
6786909



9 782247 084524