
Droit des sociétés

Auteure :

Adèle MORTIER

Professeur :

Michael LOY

1^{er} avril 2018

Table des matières

1	Contrat de société et société unipersonnelle	5
1.1	Introduction générale	5
1.2	Le contrat de société	5
1.3	L'Article 1832 du Code Civil	5
1.3.1	Alinéa 1	6
1.3.2	Alinéa 2	6
1.3.3	Alinéa 3	6
1.4	Les apports	6
1.4.1	Les différents types d'apport	7
1.4.2	La valuation des apports	7
1.5	Le compte courant d'associé	7
1.5.1	Définition	7
1.5.2	Rémunération du compte courant d'associé	8
1.5.3	Statut d'associé <i>vs</i> statut de prêteur	8
1.6	L'intention de participer aux résultats	8
1.6.1	Les clauses léonines	8
1.6.2	Cas de l'achat/cession de titres	9
1.6.3	Evolution de la jurisprudence	9
1.7	<i>L'affectio societatis</i>	9
1.7.1	Définition	9
1.7.2	Utilité, difficultés	10
1.8	Les sociétés unipersonnelles	10
1.8.1	Avant la réglementation	10
1.8.2	Nature de la réglementation	11
1.8.3	Dissolution d'une société unipersonnelle	11
2	Personnalité morale, droits des associés, société/entreprise	12
2.1	Le personnalité morale des sociétés	12
2.2	Différence entre entreprise individuelle et société	12
2.3	L'objet social	13
2.4	Les droits des associés	14
2.4.1	Droit d'information	14
2.4.2	Participer à l'assemblée et voter	14
2.4.3	Droit au bénéfice ou à jouir d'une économie	14
2.4.4	Droit de céder ou non ses titres	15
2.5	Un droit particulier : le droit de participer aux décisions collectives	15
2.6	Les obligations des associés	16
2.6.1	Obligation de faire un apport	16
2.6.2	Obligation de payer les créanciers en cas de défaut de la société	16
2.6.3	Obligation de ne pas concurrencer la société (?)	17
2.7	Les salariés et la société	17
2.7.1	Statut des salariés <i>vs.</i> statut des associés	17
2.7.2	Question du salaire du dirigeant	17

3	Le statut des dirigeants, le gouvernement d'entreprise, la RSE	18
3.1	L'intérêt social	18
3.2	Abus de majorité et de minorité	18
3.2.1	L'abus de majorité	19
3.2.2	L'abus de minorité	19
3.3	L'abus de biens sociaux (ABS) et conventions réglementées	19
3.3.1	ABS <i>vs</i> conventions réglementées	19
3.3.2	Exemples d'ABS	20
3.3.3	Les alternatives à l'ABS	20
3.4	Le statut social du dirigeant	20
3.4.1	Cumul des fonctions	20
3.4.2	De dirigeant à salarié, de salarié à dirigeant	21
3.4.3	Faute du dirigeant	21
3.5	La rémunération du dirigeant	22
3.5.1	Le <i>say on pay</i>	22
3.5.2	Les organes compétents	22
3.5.3	Autres types de "rémunération"	22
3.6	La cessation de fonctions du dirigeant	23
3.6.1	Fin du mandat social	23
3.6.2	Démission du dirigeant	23
3.6.3	Révocation du dirigeant	23
3.7	La R.S.E.	24
3.7.1	Définition	24
3.7.2	La réglementation de la R.S.E.	24
3.8	Le gouvernement d'entreprise	25
3.8.1	Définition	25
3.8.2	Sources	25
3.8.3	Force obligatoire	26
4	Les grands types de société	26
4.1	Les sociétés civiles	26
4.1.1	Définition	26
4.1.2	Les créances	26
4.1.3	Les professions libérales	27
4.2	Les sociétés commerciales	27
4.3	La société à responsabilité limitée (SàRL)	28
4.3.1	Définition	28
4.3.2	Capital de la SàRL	28
4.3.3	Effectif de la SàRL	28
4.3.4	Gouvernance de la SàRL	29
4.4	La société anonyme (SA)	29
4.4.1	Définition	29
4.4.2	Actions	29
4.4.3	Gouvernance	29
4.5	La société par actions simplifiées (SAS)	30

4.5.1	Définition	30
4.5.2	Liberté statutaire	30
4.5.3	SAS et pactes d'actionnaires	30
4.6	La société en commandite par actions (SCA)	31
4.7	Coopératives, associations, GIE	31
4.7.1	Les coopératives	31
4.7.2	Les associations	32
4.7.3	Les groupements d'intérêt économique (GIE)	32
5	Les opérations des sociétés	32
5.1	Les assemblées et autres décisions collectives	32
5.1.1	Le rôle des associés	32
5.1.2	Droit de vote <i>vs</i> droit de participation	33
5.1.3	Autres intervenants	33
5.2	La convocation et les autres étapes préalables	33
5.2.1	Devoir d'information	34
5.2.2	La convocation	34
5.2.3	Les discussions	34
5.3	L'approbation des comptes et l'affectation du résultat	34
5.3.1	L'approbation des comptes	34
5.3.2	L'affectation du résultat	35
5.3.3	Actions de préférence	35
5.4	Les décisions extraordinaires	35
5.4.1	Les décisions	35
5.4.2	Les règles	36
5.5	Les augmentations et réductions de capital	36
5.5.1	Présentation	36
5.5.2	Les augmentations de capital	36
5.5.3	Les réductions de capital	37
5.6	Les changements d'orientation	37
5.6.1	La réglementation	37
5.6.2	Qui décide?	38
5.7	Les fusions et les scissions	38
5.7.1	Points communs	38
5.7.2	La fusion	39
5.7.3	La scission et les apports partiels d'actif	39
5.8	La dissolution de la société	39
5.8.1	Cas de dissolution	39
5.8.2	La liquidation	40
5.8.3	Cas particuliers	40
6	Les cessions de droits sociaux, les pactes d'actionnaires, les groupes de sociétés	41
6.1	Le pacte d'actionnaires	41
6.1.1	Différents types de pacte	41
6.1.2	Avantages et inconvénients du pacte d'actionnaires	41

6.2	Les cessions de parts ou d'actions	41
6.2.1	Définition	41
6.2.2	Problèmes juridiques posés par la cession	41
6.2.3	Clauses particulières	42
6.3	Les cessions de parts ou d'action en pratique	43
6.3.1	Pour les sociétés par actions	43
6.3.2	Pour les sociétés à parts sociales	43
6.3.3	Types d'actions	43
6.4	L'expertise sur le prix	44
6.4.1	Principe	44
6.4.2	Rôle de la jurisprudence	44
6.5	Les garanties de passif et les clauses de complément de prix	45
6.5.1	Les garanties de passif	45
6.5.2	Les clauses de complément de prix	45
6.6	Les groupes de sociétés	46
6.6.1	Un espace économique intégré	46
6.6.2	... mais qui ne l'est pas juridiquement	46

1 Contrat de société et société unipersonnelle

1.1 Introduction générale

Le droit des sociétés a deux sources principales : le **Code Civil**, qui parle des sociétés en général, des sociétés civiles, et des sociétés en participation, et le livre 2 du **Code de Commerce**, qui parle notamment de la S.à.R.L.

Attention cependant à la confusion des termes lorsqu'on se réfère aux textes ! Le texte, l'article utilisé doit se référer correctement à notre cas précis !

Il convient aussi de consulter Légifrance pour vérifier si les textes en question n'ont pas été modifiés (textes obsolètes...)

Des sources plus mineures de droit sont les règlements, qui complètent le Code Civil, la partie réglementaire incluse dans le Code de Commerce, les sources de droit non nationales (droit européen pour les sociétés par action par exemple...).

Le jurisprudence est en droit des sociétés une source importante, notamment la **jurisprudence de la Cour de Cassation** (se chambre commerciale en particulier).

La doctrine ne doit pas être oubliée enfin, mais elle vient bien après tout le reste.

1.2 Le contrat de société

En principe, une société est créée à l'aide d'un contrat, le **contrat de société**. Ce n'est pas toujours le cas cependant, on peut en fait compter deux exceptions :

- la société unipersonnelle – créée par un associé unique ;
- la société créée de fait – dont l'existence est reconnue par le juge après requête d'un associé ou d'un créancier.

Mais le reste du temps, c'est l'**Art. 1832 Al. 1 C. Civ.** qui régit la création de la société par contrat de 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."

Comme le contrat de société est un contrat comme les autres, il faut, entre autres, respecter :

- le consentement des parties – les parties doivent accepter le contrat consciemment, sans vice du consentement ;
- la liberté pour une partie de contracter ou de ne pas contracter.¹

Dans les parties qui vont suivre, on va voir en détails les éléments constitutifs du contrat de société.

1.3 L'Article 1832 du Code Civil

Cet article inaugure la partie du Code Civil consacrée au droit des sociétés. C'est un texte riche qui comporte trois alinéas.

1. sauf si éventuellement l'une des parties n'a jamais voulu contracter, et a tout de même longtemps négocié, dans ce cas elle engage sa responsabilité délictuelle.

1.3.1 Alinéa 1

"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."

L'idée de société "instituée" par "contrat" date de 1985. Cela repose sur l'idée selon laquelle toute société est une organisation, ce qui appelle ce type de vocabulaire. Le Code Civil est très attaché à l'idée de contrat. Mais quand on pense aux grandes sociétés, on a du mal à imaginer qu'elles résultent d'un "simple" contrat...

La notion d'"entreprise commune" : le terme d'"entreprise" utilisé ici est assez neutre (pas d'acception économique). Ce vocable d'"entreprise" est assez problématique, car ses significations diffèrent entre le droit du travail, le droit des affaires etc. Ici, il faut comprendre "entreprise" comme "projet". Il ne faut pas y voir un contenu juridique réel.

1.3.2 Alinéa 2

"[La société] peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne."

On parle ici bien sûr de la société unipersonnelle. En cette matière, le législateur français s'est adapté à la législation internationale. Cette notion vient de l'idée que dans l'état actuel de notre droit, il faut faire en sorte qu'un entrepreneur seul puisse limiter sa responsabilité. Mais ce genre de société reste l'exception au principe général : en effet on ne peut fonder seul n'importe quel type de société. On peut fonder une société par actions simplifiée unipersonnelle (S.A.S.U), ou bien une société à responsabilité limitée unipersonnelle (E.U.R.L).

1.3.3 Alinéa 3

"Les associés s'engagent à contribuer aux pertes."

C'est le versant "négatif" de la volonté de participer au résultat de l'entreprise. Mais la notion de perte est une notion délicate, car les sociétés peuvent être "à responsabilité limitée" (S.à.R.L, S.A, S.A.S...). Dans ce cas, les associés ne sont pas amenés à contribuer à toutes les pertes, celles-ci étant limitées à leur apport respectif. Dans le cas de la société en nom collectif (S.N.C), les associés sont amenés à régler une partie ou la totalité du passif.

Mais il demeure que dans toute société, on court le risque de ne pas retrouver la totalité de son apport. Dans certaines sociétés, on peut même perdre bien davantage – tout son patrimoine personnel !

1.4 Les apports

Les **apports** sont le second élément constitutif du contrat de société. Rappelons à ce titre une partie de l'Art. 1832 C. Civ. Al. 1 :

"[...] deux ou plusieurs personnes qui conviennent [...] d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie [...]"

1.4.1 Les différents types d'apport

Les "biens" et "l'industrie" constituent ce que l'on appelle les apports. Plus précisément, les "biens" sont des **apports en numéraire** (argent), ou **en nature** (fond de commerce, véhicule, brevets...), tandis que l'"industrie" désigne, (étonnamment !) un **apport en industrie** (activité, force de travail...).

Attention l'apport en industrie n'est pas réglementé par un contrat de travail ! Cela peut être, par exemple, le fait pour un associé de rechercher activement des clients...

1.4.2 La valuation des apports

Pour les apports en numéraire, la valuation est facile, puisqu'on a affaire à de l'argent. En revanche, la chose est beaucoup plus difficile pour les apports en nature ! Qui fixe la valeur de ces apports ? Si les associés seuls fixaient cette valeur, ils auraient tendance à surévaluer les apports, ce qui, en plus d'être incorrect comptablement (bilan faux), pourrait léser les actionnaires (car le bien surévalué, une fois "converti" en actions, produirait des titres surévalués eux aussi...). Du coup, depuis 1867, les apports en nature sont forcément valués selon une procédure précise. Un tiers désigné par voie de justice se prononce sur la valeur du bien en question, en disant s'il est surévalué ou pas. Pour procéder à cette évaluation, trois approches quasi équivalentes sont possibles :

- soit on compare le bien avec d'autres biens similaires qui eux sont correctement valués ;
- soit on calcule combien il faudrait payer pour "répliquer", reconstituer le bien tel qu'il est ;
- soit on calcule de ce le bien va rapporter à l'avenir (somme actualisée des *cash flows*...)

Le rapport sur la valuation de l'apport en nature est ensuite soumis à l'assemblée par le commissaire aux apports. Si le commissaire se trompe dans son évaluation, il engage sa responsabilité ! Cette procédure protège ainsi les actionnaires et les associés, mais aussi les tiers (créanciers) !

1.5 Le compte courant d'associé

1.5.1 Définition

C'est un mécanisme important en pratique, même s'il n'y a pas de régime prévu dans les textes ! Le principe est qu'un associé peut mettre à disposition de la société une somme d'argent, sous le régime juridique du prêt. △ Le compte courant d'associé est bien distinct du compte courant bancaire – qui a contenu juridique très fort – ou le compte courant postal !

Le compte courant d'associé est donc un prêt qui est consenti par un associé ou un dirigeant², et accordé à la société dans l'objectif de financer.

En ce sens, le compte courant d'associé n'est pas très éloigné d'un apport. Mais la différence est qu'un apport est devenu propriété de la personne morale (la société), et qu'il ne pourra être récupéré qu'en cas de réduction de capital ou de rachat (conditions difficiles, procédures lourdes !).

Le compte courant d'associé lui, on peut à tout moment, et à première demande, le récupérer³. Il suffit d'envoyer une sommation à la société pour récupérer immédiatement ces sommes. On pourrait donc comparer le compte courant d'associé à un "apport très facile à récupérer".

2. en pratique, c'est souvent un dirigeant - associé, qui cumule les fonctions

3. sauf s'il a été dit qu'il était bloqué

1.5.2 Rémunération du compte courant d'associé

Le compte courant d'associé n'est pas rémunéré comme l'apport – pour lequel il faut attendre que la société fasse un bénéfice pour espérer qu'elle en distribue une partie.

Comme le compte courant d'associé est un prêt, il peut être rémunéré par un intérêt : une rémunération qui va tomber de manière fixe et non conditionnée par le résultat de la société.

Le compte courant d'associé semble à la fois souple et avantageux.

⚠ Le compte courant ne donne pas de pouvoir dans la société : un **apport en compte courant** ne reçoit pas de parts ou d'actions en échange ! L'apport en compte courant ne donne donc pas de droits de vote supplémentaires.

1.5.3 Statut d'associé vs statut de prêteur

On peut se demander si la cohabitation des deux statuts n'est pas problématique. Par exemple, peut-on dire à un associé ayant fait un apport en compte courant d'attendre un peu avant d'être remboursé, en arguant que la société va mal ?

C'est une interrogation majeure depuis des années. En effet, un associé - prêteur est à la fois :

- un associé qui doit démontrer son *affectio societatis* en se préoccupant des actes qui pourraient affecter le destin de la société
- un créancier dont le prêt peut être ou non affecté d'un terme, mais qui à un moment ou un autre doit pouvoir retirer les sommes qui ont été investies

Il s'avère que les deux qualités s'ignorent mutuellement. En tant que créancier, l'associé peut demander à tout moment le remboursement du compte courant, lequel remboursement peut entraîner la défaillance de la société.

⚠ Si l'associé avait la volonté manifeste de nuire à la société en demandant son remboursement d'apport en compte courant, les théories générales du droit sont toujours effectives !

Si l'associé demande son remboursement d'apport en compte courant, et que la société ne peut pas payer, il a le droit de saisir les biens de la société pour se faire payer. On pourrait imaginer qu'une société soit obligée d'emprunter après avoir à rembourser le compte courant à un associé !


1.6 L'intention de participer aux résultats

1.6.1 Les clauses léonines

L'intention de participer aux résultats est un autre élément constitutif du contrat de société. En effet les associés se sont associés précisément pour profiter d'un bénéfice ou d'une économie. Quand on entre en société, on entre avec un espoir d'obtenir quelque chose de positif, mais aussi avec la conscience de ce que l'on pourra devoir contribuer aux pertes, autrement dit subir une réduction (voire une disparition) de son apport. On n'est donc jamais sûr de pouvoir récupérer son apport au moment de quitter la société ou à la fin de celle-ci.

Mais il arrive que des associés soient tenté d'ajouter dans le contrat de société des clauses remettant en cause leur intention de participer au résultat et aux pertes : les **clauses léonines**. Celles-ci sont interdites par l'**Art. 1844-1 Al. 2 C. Civ.** :

"Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites."

En pratique, les clauses qui posent le plus problème et qui se retrouvent le plus souvent sont celles où un associé se fait garantir par un autre associé contre les pertes qui pourraient survenir de l'aventure sociale.  Si on se fait garantir par un tiers, on n'est pas en contravention avec la prohibition des clauses léonines telles qu'elle sont exposées par le Code Civil! C'est uniquement entre associés que cette prohibition a vocation à s'appliquer. Mais en pratique, on essaie d'éviter qu'un associé soit garanti contre l'intégralité des pertes sociales ou qu'il s'octroie la totalité du profit.

1.6.2 Cas de l'achat/cession de titres

Prenons l'exemple d'une société de capital risque qui rentre dans le capital d'une société en besoin de financement. Elle demande aux associés à pouvoir sortir dans 5 ans en cédant ses actions à un prix supérieur ou égal à celui qu'elle a mis au moment d'entrer au capital.

Peut-on autoriser ce type de promesse? La jurisprudence a longtemps considéré ce type de clause comme léonin. Mais maintenant on considère que quand la convention est "équilibrée", une telle promesse est possible. La convention peut être "équilibrée" si par exemple, le prix auquel on a acheté les parts de la société était bien supérieur au prix actuel de ces parts. Si on achète à un prix décorrélé de la valeur actuelle, on peut vendre à un prix décorrélé de la valeur actuelle.

1.6.3 Evolution de la jurisprudence

La jurisprudence a connu une évolution pour ce qui est des relations entre associés. A priori, cela ne déséquilibre par le jeu social que de entre associés un engagement de se faire racheter ses titres pour un certain montant. Mais la jurisprudence a longtemps balayé de manière systématique ces clauses.

Pendant une période, il a ainsi fallu distinguer entre la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation et la 1^{ère} Chambre civile ... Aujourd'hui on accepte ces clauses si différentes conditions sont respectées. L'une d'elle est le respect d'une fenêtre temporelle pendant laquelle on peut (ou on ne peut pas, selon le cas) exercer sa promesse. Le but est que l'associé soit un temps immobilisé dans la société et partage le risque.

En somme nous avons là une vieille institution avec une jurisprudence difficilement lisible ...

1.7 L'*affectio societatis*

1.7.1 Définition

C'est un autre élément spécifique du contrat de société, qui peut se traduire par l'"intention" ou le "sentiment" d'être associé. Bien qu'il s'agisse d'un élément constitutif du contrat de société, il est introuvable dans les codes⁴. Cet élément est donc défini par la doctrine et la jurisprudence, en particulier par un Arrêt de la Cour de Cassation du 03/06/1986, qui nous dit que les associés participent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices et aux pertes. On peut revenir sur cette assertion :

- "de façon effective" : pas toujours, car l'associé ne travaille pas forcément pour la société (cas de l'apport en numéraire). Cependant, on peut garder l'idée d'implication.
- "sur un pied d'égalité" : ce qui distingue l'associé du salarié, qui lui est lié par un contrat de travail impliquant un lien de subordination. Quand on est associé, on prend des décisions ensemble, avec les autres associés. Même si les parts de chacun dans la société déterminent leur poids dans

4. notamment, introuvable dans l'Art. 1832 C. Civ. qui donne tous les autres éléments constitutifs du contrat de société

les discussions, on n'est jamais tenu d'obéir à un ordre venant d'un autre associé. Et si un associé commence à donner des ordres aux autres, il faut commencer à songer à requalifier le contrat de société en contrat de travail.

⚠ Il est tentant pour ne pas appliquer le droit du travail de créer une société ou l'apport en industrie est un contrat de travail déguisé. Par exemple, un conducteur de camion qui est forcé de conduire dans les horaires dictés par son "associé". Un salarié déguisé en associé ne bénéficie pas de la protection du droit du travail : pas de protection contre le licenciement, pas de charges sociales, une rémunération conditionnée par les résultats de la société ...

1.7.2 Utilité, difficultés

L'*affectio societatis* ne pose pas trop de problèmes quand on signe un contrat de société. Elle en pose davantage dans le cas de la société créée de fait, car il faut alors prouver que les personnes concernées se sont comportées comme des associés. Il faut donc démontrer la présence d'apports, l'intention de participer aux résultats, mais aussi et surtout, l'*affectio societatis*.

Malgré ces difficultés, l'*affectio societatis* a un certain nombre d'utilités, par exemple, elle peut permettre de prouver qu'une société était fictive. Des associés qui ne vont pas aux assemblées, qui ne s'intéressent pas aux affaires sociales, ne font pas preuve d'*affectio societatis*, et cela est une raison suffisante pour dissoudre la société.

On voit donc que l'*affectio societatis* est nécessaire quand on crée la société. Mais faut-il prouver que quelqu'un qui achète ou souscrit à des parts ou actions au cours de la vie sociale partage cette *affectio societatis*? La dernière jurisprudence sur ce sujet est un **Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 11/06/2013**, qui nous dit que l'*affectio societatis* n'est pas une condition de validité d'une cession de droits sociaux. Cela ne semble pas très logique : pourquoi faudrait-il l'*affectio societatis* au moment de la création de la société, et plus après ? Cela dit, il s'agit d'une bonne solution, qui évite de fragiliser les cessions (moins facile de se défilier au dernier moment pour la simple raison que l'on manque d'*affectio societatis*).

1.8 Les sociétés unipersonnelles

Le concept même de "sociétés unipersonnelles" est un peu étrange. Comment est-ce que l'on peut faire une société lorsque l'on est tout seul ? Comment est-ce que l'on peut être associé unique ? On va voir que la loi le permet, au travers des EURL et des SASU notamment.

1.8.1 Avant la réglementation

En réalité, depuis longtemps, il existe des sociétés unipersonnelles en fait, mais qui en droit comptent plusieurs associés :

- dans les petites sociétés bien souvent, même si l'on a plusieurs associés, une seule personne est véritablement intéressée à l'affaire
- dans les groupes de sociétés, et SA, dans lesquelles il faut sept actionnaires minimum, on avait une société mère actionnaire à 99,99%, et une action était donnée à différentes personnes qui étaient des **actionnaires de complaisance**.

1.8.2 Nature de la réglementation

Depuis 1985, le législateur permet que l'on puisse avoir des sociétés constituées dès le début (*ab initio*), par un seul associé :

- L'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) est une SARL à un seul associé. Créée en 1985
- la SASU (société par actions simplifiées unipersonnelle) est une SAS à un seul associé. Créée en 1999.

⚠ Ce ne sont pas là des formes sociales autonomes : on ne crée pas une EURL ou une SASU, on crée une SARL ou une SAS dont on est le seul associé ! On ne peut donc pas constituer une société avec un seul associé pour toutes les formes sociales : par exemple, on ne peut pas faire une société anonyme si on est tout seul.

On peut commencer à plusieurs – le minimum est de sept pour une SA –, et ensuite on peut se retrouver seul parce que l'on vend ses actions, parce qu'on achète les actions des autres actionnaires ...

Rappelons à ce titre l'Art. 1832 Al. 2 C. Civ. :

"Elle [la société] peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne."

Les "cas prévus par la loi" sont justement l'EURL et la SASU. Dans le cas des sociétés unipersonnelles, on a toujours une société - personne morale, mais il n'y a plus une collectivité d'associés : il y a un seul associé qui peut être dirigeant ou non. On n'a plus d'assemblée, on aura des décisions d'associé unique.

⚠ Le danger pour l'associé unique est de confondre la société et le patrimoine de la société avec son patrimoine personnel ! Car on tombe alors dans l'abus de biens sociaux.

Lorsque l'on est associé unique d'une société unipersonnelle, on est associé d'une personne morale avec un intérêt distinct, et il faut respecter l'intérêt propre de cette personne morale.

1.8.3 Dissolution d'une société unipersonnelle

Concernant la dissolution des sociétés unipersonnelles, le Code Civil prévoit une règle de simplification. Lorsqu'une société unipersonnelle est dissoute, on peut (depuis 1988) remplacer la liquidation par une **transmission universelle du patrimoine** de la société à l'associé unique. Tout le patrimoine de la société unipersonnelle dissoute remonte alors vers son associé unique.

⚠ Il peut être dangereux que tout le passif de la société (dettes) remonte vers l'associé unique ! C'est pour quoi en 2001, on a décidé que cette solution valait pour la société unipersonnelle dont l'associé unique était une personne morale. Du coup :

- si l'associé unique est une personne physique, on enclenche la procédure de liquidation
- si l'associé unique est une personne morale, il y a transmission universelle de patrimoine, avec une possibilité d'opposition des créanciers qui ont trente jours pour exercer ce droit. Ils doivent alors saisir un juge, qui pourra ordonner éventuellement le remboursement immédiat de leurs créances ou la constitution de sûretés si la dissolution porte atteinte à leurs droits.

2 Personnalité morale, droits des associés, société/entreprise

2.1 Le personnalité morale des sociétés

C'est une notion répandue, et une notion juridique. Une personne juridique peut être une personne physique ou une personne morale. La société est une personne morale, c'est-à-dire une création, une fiction juridique. Le droit lui reconnaît la qualité de sujet de droit. Plus précisément, une personne morale, c'est :

- pouvoir disposer de la capacité juridique ;
- pouvoir s'engager, acquérir des droits et des obligations par contrat ;
- pouvoir engager sa responsabilité civile ou pénale ;
- posséder un patrimoine propre...

Pour qu'une société puisse devenir une personne morale, elle doit avoir une dénomination particulière, qui comprend :

- un nom pour l'identifier, et ne pas confondre la société avec l(es) associé(s) ou le(s) dirigeant(s) qui la composent ;
- un siège pour recevoir entre autres les courriers, les actes, les différentes procédures ;
- une nationalité, en vue de rattacher la société à un droit particulier ("société de droit français") ;

Une fois ces données définies, il y a plusieurs étapes administratives pour qu'une société devienne une personne morale. L'aboutissement en est l'immatriculation, comme le dit l'**Art. 1842-1 C. Civ.** :

"Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation."

L'immatriculation est une immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Ce registre est tenu par le greffier du tribunal de commerce. Cela vaut pour les sociétés bien entendu, mais aussi pour certaines personnes physiques, les commerçants, qui eux aussi doivent se faire immatriculer à ce registre. Les étapes de l'immatriculation sont donc :

- la signature des statuts de la société ;
- dépôt des statuts et d'autres informations (noms des associés, du ou des dirigeants) au registre du commerce et des sociétés ;
- reçu d'un numéro d'immatriculation – à partir de ce moment, les actes faits au nom de la société engagent le patrimoine de la société, et non plus le patrimoine des dirigeants ou associés.

⚠ Les sociétés en participation sont de simples contrats de société : pas besoin d'immatriculation donc. Les plus souvent, ces sociétés sont créées pour des opérations ponctuelles. Ce ne sont pas des personnes morales, du coup un associé ou des associés, ou le dirigeant, doivent être support juridique de la société. Un contrat "passé" avec une société en participation est en fait un contrat passé avec l'un des associés ou dirigeants ! Plus dangereux car ceux-ci engagent leur patrimoine personnel !

2.2 Différence entre entreprise individuelle et société

L'entrepreneur individuel qui n'a pas fondé de société jouit d'un certain nombre d'avantages, ou plutôt, de "non-contraintes" :

- pas besoin de vérifier que les biens de la société sont utilisés en conformité avec son intérêt social ;
- pas d'assemblées à organiser ;
- pas de vote avec les associés pour affecter le résultat de l'entreprise ;

- en somme, pas besoin d'organiser la vie juridique de la société

Mais la société elle aussi a ses avantages :

- personnalité morale de la société, donc patrimoine séparé ;
- le patrimoine de la société peut accueillir toute l'activité exercée par cette entreprise (actifs, contrats, mais surtout, dettes !) ;
- l'associé n'engage plus ses biens personnels⁵

Au vu des ces deux listes, on comprend bien que l'entrepreneur individuel prend plus de risques, il s'engage personnellement, c'est pourquoi différents moyens juridiques ont été créés pour protéger les biens de l'entrepreneur individuel :

- il peut, on l'a vu, constituer une société unipersonnelle (E.U.R.L ou S.A.S.U...) ;
- certains biens n'étant pas liés à l'activité de l'entrepreneur individuel peuvent être déclarés insaisissables ;
- depuis 2010, le Code de Commerce a mis en place un nouveau mécanisme : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (E.I.R.L)

Plus précisément, l'E.I.R.L est une déclaration par laquelle l'entrepreneur fractionne son patrimoine en un patrimoine personnel et un ou plusieurs⁶ patrimoines d'affectation, qui contiennent l'activité et tous les passifs qui s'y rattachent.

△ L'E.I.R.L n'est pas une vraie société ! C'est une possibilité différente de l'E.U.R.L ou de la S.A.S.U. L'E.I.R.L permet de protéger l'entrepreneur des poursuites des créanciers de l'entreprise, sans avoir à créer de société.

2.3 L'objet social

C'est l'objet qu'une société se donne comme activité, comme programme. Quand on crée une société, on a déjà un but légal, qui comme on l'a vu est de réaliser un bénéfice ou de profiter d'une économie... Mais cela ne suffit pas, il faut aussi spécifier pourquoi on constitue cette société en particulier. C'est ce que dit l'**Art. 1833 C. Civ.** :

"Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés."

Il faut donc se demander pour quelle activité on construit la société, et cette question se pose dès l'**immatriculation** parce que les statuts de la société doivent contenir une clause relative à l'objet social, clause qui devra indiquer le programme que la société se donne. Souvent, c'est quelque chose du style : "la société a pour activité la production et le commerce de ..." ou "la société a pour activité la prestation de service dans le domaine de ...". On ne peut avoir d'objet universel, du style "La société a pour activité toute forme d'activité lucrative". Pourquoi définir ainsi les statuts de la société ?

- l'objet social dit si la société doit se soumettre à telle ou telle réglementation. Par exemple, certains domaines exigent un **agrément** (banque, établissements de crédit...), des conditions en terme de montant du capital, de diplôme... On ne peut donc faire n'importe quelle activité avec n'importe quelle forme sociale ;
- l'objet social dit aussi ce que la société ne peut pas faire. Ainsi, les dirigeants ne peuvent agir que dans le cadre de l'objet social. C'est important pour les tiers également : comment faire si l'objet statutaire de l'entreprise n'est pas cohérent avec ce que l'entreprise nous propose ? L'entreprise est

5. même si bien sûr il ne faut pas rêver, des apports doivent être faits !

6. il y en a autant qu'il y a d'activités différentes.

engagée par les actes de son dirigeant qui sont pris en dehors de l'objet social... En revanche si le tiers a connaissance du dépassement de l'objet social, s'il est de mauvaise foi, la société n'est pas engagée. Lorsqu'on traite avec une S.à.R.L, une S.A, ou une S.A.S, on n'a pas à vérifier que l'objet social de la société lui permet de réaliser l'activité qu'elle propose...

△ Si une société est en présence d'un objet qu'elle ne peut plus accomplir – une mission ponctuelle comme la construction d'un immeuble, ou quelque chose devenu matériellement impossible, comme l'exploitation d'un fond de commerce ayant été vendu – elle n'est pas forcément dissoute comme le prévoit la loi, dans la mesure où les statuts sont relativement flexibles, pas forcément réduits à une activité très spécifique (on peut spécifier dans les statuts "l'activité X ou tout autre activité similaire", ce qui nous protège de la dissolution automatique...)

2.4 Les droits des associés

Quand on entre en société, on espère bien acquérir des droits !

2.4.1 Droit d'information

Ce n'est sans doute pas le droit essentiel des associés, mais il est important car il régit en quelque sorte le fonctionnement des autres droits. L'associé doit pouvoir recevoir des informations sur le déroulement des activités de la société, ou du moins, il a le droit de les demander aux dirigeants et différents organes de la société. La taille de la société peut jouer un rôle dans l'importance de ces informations, et dans la "force" du droit d'information :

- dans le cas des sociétés cotées, la transparence du marché est fondamentale. Les associés sont aussi investisseurs, du coup le besoin et le droit d'information est capital ;
- dans les sociétés plus petites ou de taille moyenne, les documents sont en général envoyés, mais les oublis sont fréquents. Si un document n'est pas envoyé à un associé, l'associé a des moyens pour forcer la société à les lui fournir.

2.4.2 Participer à l'assemblée et voter

Ici, on a deux droits en un. La Cour de Cassation a rappelé depuis 1994 que chaque associé a le droit de participer à l'assemblée. C'est même écrit dans l'Art. 1844-1 C. Civ. Mais participer n'est pas nécessairement voter ! En effet on peut retirer le droit de vote à un associé, dans les cas prévus par la loi... On a donc ici un flou juridique. Participer à l'assemblée, c'est pouvoir y rentrer certes, mais si on ne peut pas voter, peut-on par exemple prendre part au débat ? Cela impliquerait que l'on pourrait influencer le vote des autres, et donc "voter indirectement" ... La loi demeure peu bavarde sur la question de savoir si enlever le droit de vote enlève aussi le droit de participer au *débat* (et pas à l'assemblée tout court).

On a donc bien deux droits différents ici, d'une part le droit de participer à la discussion et de partager son opinion, d'autre part le droit de vote, qui consiste en la comptabilisation de cette opinion. Un associé ayant une **action de préférence** sans droit de vote peut participer à la discussion.

2.4.3 Droit au bénéfice ou à jouir d'une économie

C'est sans doute le droit fondamental, c'est la réponse à pourquoi l'associé est entré en société ! C'est aussi le droit le plus irréductible. On a vu que le droit de vote était souvent supprimé (en cas de sanction

d'un associé ou de conflit d'intérêt manifeste) ; le droit de jouir des bénéfices n'est quasiment jamais supprimé. Ce droit prend la forme d'une distribution de dividendes en cours de vie sociale. Cette distribution se vote.

△ Il n'y a donc pas de réel "droit aux dividendes" ! Pour qu'il y ait des dividendes, il faut avant tout qu'il y ait un bénéfice ! De surcroît, même quand il y a bénéfice, il faut qu'il y ait une décision d'attribution !

Ce droit prend aussi la forme d'une distribution en cas de dissolution de l'entreprise. Quand il reste des apports après paiement des créanciers, on distribue ces apports ou une valeur équivalente aux associés. *Idem* s'il reste du bénéfice non distribué (*boni* de liquidation).

2.4.4 Droit de céder ou non ses titres

Encore une fois, c'est un droit double : céder ou ne pas céder, c'est-à-dire, rendre ou pas ses biens ou actions de l'entreprise. Ce droit répond à la question : peut-on mettre quelqu'un à sa place dans la société ? Encore une fois, il convient de distinguer selon les formes sociales :

- dans le cas de la société en nom collectif (S.N.C) ou de la société en commandite simple, le transfert de titres n'est pas très facile ;
- dans le cas de la S.A et des autres sociétés par action, les titres sont plus faciles à céder.

Mais cette distinction tend à être moins forte aujourd'hui. La S.A peut être fermée par clauses d'agrément. La clause d'agrément empêche un associé qui veut céder ses titres de les céder à telle personne. En revanche, l'associé doit se voir racheter ses parts, c'est une obligation. La S.A.S peut être verrouillée avec des clauses interdisant l'aliénation pendant 10 ans. On voit donc que la distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux est devenue très théorique.

2.5 Un droit particulier : le droit de participer aux décisions collectives

On en a déjà parlé et on a vu combien il pouvait être problématique. C'est l'**Art. 1844 C. Civ.** qui en fait mention :

*"Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.
Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent.
Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier.
Les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent."*

L'alinéa 2 et l'alinéa 3 sont un peu techniques, ils font référence au démembrement de propriété et à l'indivision sur droits sociaux. Mais on retrouve cette distinction entre participer et voter. On ne peut, selon l'article ci-dessus, remettre en cause la participation de l'associé aux décisions collectives. On ne peut remettre en cause le droit de vote des associés dans les cas non prévus par la loi, et ce, même quand on cherche à limiter les conflits d'intérêt. Il faut donc être très prudent lorsqu'on songe à ce genre de sanction envers un associé.

Mais qu'est-ce que les "hypothèses prévues par la loi" exactement ? C'est par exemple le cas de l'**action de préférence sans droit de vote**. Depuis l'ordonnance de 2004, les sociétés par actions peuvent émettre des actions de préférence. Une action de préférence est une action qui a des droits particuliers par rapport à une action ordinaire. Entre autres, une action de préférence peut être stipulée sans droit de vote. Cette

suppression du droit de vote peut être définitive ou momentanée, ou ne porter que sur des votes concernant des opérations particulières.

On a donc intégré par ces actions de préférence sans droit de vote une contractualisation dans le droit des sociétés. Ce type d'action peut être intéressant pour des associés qui se soucient peu de voter, mais qui désirent un droit aux dividendes plus important que celui des actions ordinaires. Aujourd'hui, on peut simuler l'ancien régime des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote⁷ par exemple. L'ordonnance de 2004 est donc très flexible.

La jurisprudence a en outre donné régulièrement de grands arrêts concernant le droit de vote et la participation :

- **Chambre commerciale de la Cour de Cassation 09/02/1999** : on ne peut prévoir la suppression du droit de vote dans les cas non prévus par la loi, même en vue de limiter les conflits d'intérêt (jurisprudence "**Château d'Yquem**") ;
- **Chambre commerciale de la Cour de Cassation 23/10/2007** : on croyait jusque là pouvoir écrire dans les statuts d'une S.A.S qu'il serait possible d'exclure un associé en organisant un vote (des autres associés) dont il serait exclu. Depuis 2007, ce genre de clauses est invalidé : on ne peut empêcher l'associé risquant l'exclusion de participer aux décisions collectives (jurisprudence "**Arts et entreprises**") ;
- **Chambre commerciale de la Cour de Cassation 09/07/2013** : toute clause d'exclusion non conforme à la jurisprudence "Arts et entreprises" doit être régularisée par le vote de tous les associés⁸.

2.6 Les obligations des associés

2.6.1 Obligation de faire un apport

Il faut que l'associé mette quelque chose à disposition de la société – argent, biens ou activité – pour y rentrer.

2.6.2 Obligation de payer les créanciers en cas de défaut de la société

Cette obligation n'est pas toujours effective, cela dépend des types de société et de comment on comprend "payer les créanciers". En effet il y a deux types de circonstances où il faut payer les créanciers :

- la contribution aux pertes : dans ce cas le poids des pertes est réparti entre les associés selon leurs parts ;
- le paiement des dettes : ici on s'intéresse au rapport aux tiers (en particulier aux créanciers), et il y a différents régimes en fonction des formes sociétaires : pas d'obligation de paiement pour les sociétés à responsabilité limitée⁹ ; obligation pour les sociétés de personnes .

On va plus particulièrement s'intéresser aux différents régimes de paiement des dettes dans les sociétés de personnes, société en nom collectif et société civile :

- pour la S.N.C : la société à l'égard du tiers est mise en œuvre "solidairement" ; c'est-à-dire qu'après mise en demeure de la société, le créancier peut demander à n'importe quel associé de régler la

7. Avec ce genre d'actions, nous est versé un dividende "prioritaire" supérieur au dividende normal. En revanche, pas de droit de vote. Mais si pendant trois exercices, le dividende prioritaire n'est pas versé, le droit de vote est retrouvé.

8. Du coup, l'associé risquant l'exclusion votera contre la régularisation de la clause au moment de la concertation, et dans bien des cas, la clause ne sera jamais opérationnelle, car pas régularisée !

9. sauf bien sûr si l'associé est en fait dirigeant et qu'il a commis une faute de gestion...

totalité de la dette, à charge pour lui de se retourner contre les autres. En général, c'est l'associé considéré comme le plus solvable qui est contacté.

- pour la S.C : pas de "solidarité", chacun des associés répond dans la proportion qu'il détient de droit ($x\%$ des parts, $x\%$ de la dette etc.). Si un associé s'avère insolvable, on ne peut demander aux autres de payer à sa place.

2.6.3 Obligation de ne pas concurrencer la société (?)

Ici c'est une question qui se pose : peut-on développer à son compte une activité qui concurrence celle de l'entreprise dans laquelle on est déjà associé ? D'un côté, on ne peut entraver la liberté d'entreprendre, d'un autre côté, la société est une "aventure commune", qui relève de l'*affectio societatis*...

La Cour de Cassation a considéré dans des arrêts récents que l'associé conserve sa liberté de concurrence, sauf s'il a aussi la qualité de dirigeant. En tant qu'associé, on a donc liberté totale d'entreprendre. Cependant, dans les sociétés de personnes (S.N.C particulièrement) la réponse est moins claire.

2.7 Les salariés et la société

2.7.1 Statut des salariés *vs.* statut des associés

On s'intéresse ici au rapport entre salarié et société. Contrairement à ce à quoi on pourrait s'attendre, l'entreprise n'est pas un "tout" dans lequel on trouverait à la fois associés et salariés. La société a des relations juridiques avec les associés ; les salariés eux ne sont pas dans la société, car tout simplement ils ne sont pas partie au contrat de société ! Or, la société on l'a vu, c'est ni plus ni moins un contrat ! Cependant, les salariés travaillent dans l'entreprise. Ils travaillent à la réussite, à l'enrichissement de la société. Mais leur relation juridique avec elle est autre : c'est le contrat de travail formé avec l'employeur, qui est en l'occurrence la société. Ce contrat de travail suppose :

- un lien de subordination du salarié à l'employeur ;
- un salaire fixe, autrement dit un risque moindre comparé à l'associé, qui lui n'est payé que si la société fait des bénéfices.

Malgré cette différence de statut, on assiste en ce moment à une "remontée" de l'entreprise vers la société : on encourage de plus en plus les salariés à devenir associés, la création de comités d'entreprise... De plus, on prévoit maintenant des mécanismes de représentation des salariés dans les organes de la société. Cela n'est pas systématique bien sûr, mais, depuis la **Loi de sécurisation de l'emploi** du 14/06/2013, les sociétés (S.A en majeure partie) qui emploient plus de 5 000 salariés en comptant leurs filiales ayant leur siège en France, ou plus de 10 000 salariés toutes filiales confondues, ont l'obligation de modifier leurs statuts pour qu'ils prévoient la désignation d'administrateurs (1 ou 2) ; ces administrateurs rentrent au conseil d'administration et ont pour vocation de représenter les salariés.

2.7.2 Question du salaire du dirigeant

Le dirigeant peut cumuler sa fonction avec celle de salarié, ce qui donne lieu à un contrat de travail entre lui et la société qu'il dirige. Peut-on être vraiment, à la fois, dirigeant et salarié ? On voit que ces deux qualités peuvent paraître incompatibles : comment être subordonné à la société que l'on est censé diriger ? On peut néanmoins admettre ce cumul de qualités, lorsqu'on est en mesure de vérifier qu'il existe bien un lien de subordination (question un peu technique il est vrai).

3 Le statut des dirigeants, le gouvernement d'entreprise, la RSE

3.1 L'intérêt social

La notion d'intérêt social est utilisée fréquemment lorsqu'on parle :

- d'abus de majorité : mise en cause d'un associé majoritaire ayant pris une décision contraire à l'intérêt social de la société pour s'avantager ;
- d'abus de biens sociaux : mise en cause d'un dirigeant qui utilise des biens de la société dans son intérêt personnel et contre l'intérêt social ;
- d'action en responsabilité : mise en cause du dirigeant qui ne gère pas la société conformément à son intérêt social.

Cela dit, il n'existe pas de texte de loi qui définisse l'intérêt social. Un texte l'évoque, c'est l'**Art. L233-3 C. Comm.** (qui parle en fait de l'"intérêt de la société"). Il n'existe pas non plus d'unité doctrinale sur ce sujet, car en fait, il relève d'enjeux importants : c'est tout une vision de la société qui est impliquée ! Faut-il considérer l'intérêt de la société au sens purement juridique ou dans un sens plus général ? L'Art. 1833 C. Civ. ne nous éclaire pas beaucoup :

"Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés."

Qu'est-ce que l'intérêt commun des associés ? C'est à l'assemblée générale qu'il revient de définir cette notion, ce qui est un enjeu politique. Certains pensent que la notion est plus large, et qu'il faudrait aussi prendre en compte l'intérêt des salariés, voire l'intérêt du fisc... la tendance est aujourd'hui à la responsabilité sociale, en matière d'environnement. Y a-t-il contradiction entre tous ces enjeux ? Cela est le cas en théorie, mais cela est moins sûr au quotidien.

Par exemple, si on considère un grand cabinet d'avocat, on peut penser que la rentabilité baisse en embauchant plus de personnes. L'intérêt commun des associés serait donc de ne pas d'étendre. Mais les impératifs de croissance, de chiffre, seraient plutôt du côté de l'intérêt social, qui serait alors de s'étendre. On voit ici la contradiction entre intérêt social et intérêt commun des associés. Mais ce genre de contradiction ne tient pas forcément en pratique (dans notre exemple, embaucher pourrait affecter momentanément la rentabilité, mais assurer une meilleure rentabilité sur le long terme !).

Le plus gros risque est donc sans doute de ne pas savoir clairement dans quel sens aller, si on essaie de prendre tous les intérêts en considération.

Donner trop de contenu juridique à la notion d'intérêt social, c'est quitter le domaine de la société pour entrer dans le domaine de l'entreprise. Or notre droit français comme bien d'autres, reste attaché à la notion de société... La notion d'entreprise n'a de fait pas de vrai contenu juridique. Réconnaître juridiquement l'intérêt social, ce serait reconnaître juridiquement la notion d'entreprise...

3.2 Abus de majorité et de minorité

C'est une application de la notion d'intérêt social que la **théorie de l'abus du droit de vote**. L'abus du droit de vote majoritaire (ou minoritaire) a été introduit par la jurisprudence, créée par les juges. Ce sont des outils utilisés pour sanctionner ou combattre les situations dans lesquelles un associé ne vote pas en accord avec l'intérêt social de la société :

- soit pour s'avantager ;
- soit pour nuire délibérément aux autres associés.

Ce vote en désaccord avec l'intérêt social peut, soit permettre une décision, soit, contrer une décision. C'est ce qui fait, en gros, la différence entre abus de majorité et abus de minorité.

3.2.1 L'abus de majorité

L'abus de majorité, c'est le fait pour un associé majoritaire d'utiliser son droit de vote dans une finalité contraire à l'intérêt social en vue de s'avantager au détriment de la minorité. Cet abus de majorité existe depuis l'**arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 18/07/1961 dit "Schuman Picard"**. La Cour de Cassation y est restée fidèle, bien que dans certains cas l'accent soit plus mis sur le conflit entre associés que sur l'intérêt social.

Par exemple, on pense au refus de distribuer des dividendes : le dirigeant ayant un mandat social et un contrat de travail (rémunéré) peut préférer mettre en réserve le cash pour augmenter la valeur de ses titres, au détriment des autres associés, qui en plus de ne pas recevoir de dividendes risquent d'être imposés sur leur fortune. Dans ce cas d'abus de majorité, la décision de ne pas verser de dividendes peut être annulée directement.

En bref, l'abus de majorité, c'est le fait d'exercer une prérogative normale (le droit de vote), mais d'en abuser.

3.2.2 L'abus de minorité

C'est en quelque sorte un faux-symétrique de l'abus de majorité. En effet l'abus de minorité survient quand une minorité "suffisamment grande" d'associés refusent de voter pour empêcher une décision essentielle à la société, et ainsi s'avantager ou bien nuire aux autres associés. Par exemple, dans le cas de la société anonyme, si un tiers des associés plus un refuse de voter, une décision extraordinaire visant la modification des statuts de la société ne peut pas passer (cela requiert en effet la majorité des deux tiers.). On voit ici que la situation est plus compliquée : que doit faire le juge ? Il ne peut pas s'introduire dans la vie sociale de la société en forçant le minoritaire à voter... Ce qu'il peut faire, c'est désigner un mandataire de justice qui ira à l'assemblée voter en lieu et place des minoritaires défaillants.

△ Parfois ce mandataire de justice vote comme les minoritaires défaillants, s'il juge que leur décision était la bonne pour la société ! Il fait appel à son propre libre-arbitre !

3.3 L'abus de biens sociaux (ABS) et conventions réglementées

3.3.1 ABS vs conventions réglementées

L'**abus de biens sociaux** est une infraction du droit des sociétés, ou plus précisément, un délit que le dirigeant de société commet lorsqu'il fait des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de la société et pour servir son intérêt personnel, ou pour favoriser une autre société dans laquelle il est intéressé, directement ou non.

Seules la S.à.R.L et la société par action¹⁰ sont concernées par ce type d'infraction. Notamment l'**Art. L242-6 C. Comm.** mentionne les sanctions maximales pour le dirigeant de SA en cas d'ABS : jusqu'à 5 ans de prison et 375 000 € d'amende.

△ Un contrat entre deux entreprises ayant même dirigeant n'est pas interdit, il est réglementé ! On a en effet un risque de conflit d'intérêt. Le droit a mis en place une législation visant à protéger la société de

10. C'est-à-dire la société anonyme (S.A), la société par actions simplifiées (S.A.S), et la société en commandite par actions (SCA).

ses dirigeants : la législation sur les **conventions réglementées**. Cette réglementation s'applique dans trois cas de figure :

- une société contracte avec un actionnaire possédant plus de 10% des parts
- deux sociétés avec des dirigeants communs contractent
- une société contracte avec l'un de ses dirigeants

En cas de convention réglementée, une procédure s'applique : il faut informer les associés et lancer une procédure d'autorisation de la convention. Dans le cas de la SA et du contrat entre le dirigeant et sa société, 5 étapes :

- information du conseil d'administration
- autorisation du conseil d'administration par vote
- information du commissaire au compte
- rapport du spécial du commissaire aux comptes
- rapport du commissaire aux comptes soumis au vote des actionnaires (assemblée générale)

Si on a un vote contraire du conseil d'administration, le contrat est considéré comme nul. Et si le contrat est déjà consommé, le dirigeant a fait une faute.

3.3.2 Exemples d'ABS

Un exemple typique d'ABS est l'invitation au restaurant aux frais de la société ; sauf bien sûr si l'invitation avait une véritable utilité pour la société (repas avec des clients potentiels...). On retrouve donc ici la notion d'intérêt social mentionnée plus haut : les biens de la société doivent être utilisés pour servir cet intérêt uniquement. Le dirigeant doit être excessivement vigilant lorsqu'il manie les fonds de la société !

⚠ Une question perdure, c'est celle de la rémunération du dirigeant : peut-on reprocher à un dirigeant (surtout un dirigeant de grosse entreprise) d'avoir un salaire trop élevé ? N'est-ce pas dans l'intérêt de la société de bien payer son dirigeant lorsqu'elle dégage de gros bénéfices ? Les juges sont souvent réticents sur ce genre de questions, et il est souvent plus facile de décider dans le cas de petites sociétés où le dirigeant "se gave" ostensiblement.

3.3.3 Les alternatives à l'ABS

Pour les sociétés autres que la SàRL et la société par actions, il existe des infractions comparables à l'ABS : l'abus de confiance ou l'abus de pouvoir. L'abus de confiance est le fait pour le dirigeant d'utiliser les biens qui lui sont remis dans son intérêt personnel et non dans l'intérêt de la société.

L'Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 16/05/2012 a sanctionné le dirigeant du groupe Vinci pour abus de pouvoir et non abus de biens sociaux. En effet le dirigeant avait fait remplacer les membres du comité de rémunération qui étaient hostiles à son augmentation de salaire. Ici le pouvoir du dirigeant avait bel et bien été utilisé à des fins personnelles.

3.4 Le statut social du dirigeant

3.4.1 Cumul des fonctions

On va ici s'intéresser à la question du cumul par le dirigeant de son mandat social et d'un contrat de travail. Dans quelle mesure ce cumul est-il possible ? Le cumul semble a priori contradictoire, dans la mesure où le salariat suppose un lien de subordination, et le statut de dirigeant implique comme son nom l'indique de diriger la société. Autrement dit, cumuler les statuts, cela reviendrait à être soumis à sa propre

autorité ... Néanmoins, la loi (et plus précisément le droit du travail) encadre le cumul des statuts dans un cas : celui des administrateurs de SA. Deux conditions sont requises pour ce cumul :

- le dirigeant-salarié doit exercer un emploi effectif qui ne se confond pas avec son emploi de dirigeant. On ne peut avoir un contrat de travail avec comme emploi "diriger la société X".
△ En revanche, il est licite qu'un salarié d'une société-mère ait comme emploi de diriger une ou plusieurs filiales !
- l'emploi doit supposer un lien de subordination : dans le cadre de ses fonctions de salarié, le dirigeant doit être soumis aux instructions d'un autre salarié de la société. Par exemple, un dirigeant peut être à la fois directeur général et directeur technique ou commercial de la société.

3.4.2 De dirigeant à salarié, de salarié à dirigeant

Un salarié qui devient dirigeant et qui de ce fait perd son lien de subordination voit son contrat de travail "gelé" (suspendu) pendant toute la durée du mandat social. Le contrat de travail redevient actif une fois le mandat terminé. C'est une solution protectrice pour le salarié qui a été instaurée par la jurisprudence.

Auparavant, le passage du statut d'administrateur en fonction au statut d'administrateur - salarié n'était pas permis, car cela pouvait être perçu comme une manœuvre permettant à l'administrateur de consolider sa position au sein du conseil d'administration¹¹. Du coup, il fallait d'abord être salarié pour devenir administrateur.

Mais depuis la loi n° 2012-387 du 22/03/2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, dite "**loi Warsmann**" cela est rendu possible pour les SA ne dépassant pas certains seuils : notamment, un tiers maximum des administrateurs doivent être liés par un contrat de travail. On considère que c'est le seuil au-delà duquel il n'y a plus d'indépendance à l'égard de la société.

3.4.3 Faute du dirigeant

Il se pose également le problème de la responsabilité civile du dirigeant. Dans l'exercice de ses fonctions, un dirigeant peut, dans certains cas, engager sa responsabilité civile, voire sa responsabilité pénale. Cette action étant fondée sur l'article 1843-5 du Code civil, la responsabilité des dirigeants ne peut être engagée à l'égard de la société que si la faute est génératrice d'un préjudice et qu'il existe un lien de causalité. Il y a une différence entre :

- le cas où un tiers met en cause la responsabilité de la société
- le cas où la société ou les associés mettent en cause la responsabilité du dirigeant

Dans le cas où un tiers veut mettre en cause la responsabilité du dirigeant, l'**Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 20/05/2003** a dégagé un principe fondamental : la **faute personnelle détachable**. A partir du moment où le dirigeant fait une faute personnelle détachable, il engage sa responsabilité personnelle. La faute personnelle détachable est intentionnelle, d'une gravité particulière, incompatible avec l'exercice des fonctions sociales (technique de management, mandat de dirigeant...). Par exemple, le harcèlement sexuel, le harcèlement moral vus comme des "techniques de management" ... sont des fautes personnelles détachables.

Dans le cas où la société ou les associés mettent en cause la responsabilité du dirigeant, il faut prouver la **faute de gestion** (incompétence ou négligence).

11. en effet, la révocation *ad nutum* d'un administrateur-salarié implique aussi son licenciement, ce qui peut s'avérer handicapant pour la société.

⚠ On ne peut jamais mettre le dirigeant en cause s'il n'a pas fait un choix maximisant les profits (**principe de liberté de gestion**). En revanche, si vraiment il a été négligeant ou incompetent, il peut être incriminé. Par exemple, s'il est évident que le projet de la société tel qu'il est n'est pas viable, et le dirigeant choisit de continuer, il peut être incriminé.

⚠ Le dirigeant de SAS peut agir en contradiction avec l'objet social ... Mais il peut être rattrapé par la faute de gestion !

On dénombre deux types d'action, en fonction de qui subit le préjudice :

- quand l'intégralité de la société a subi le préjudice, on parle d'**action sociale** ou action *ut universi*. L'action est engagée par la société elle-même, par l'intermédiaire de son représentant légal.

⚠ Cette action sera initiée par les nouveaux dirigeants à l'encontre des anciens qui demeurent responsables des fautes commises durant l'exercice de leurs fonctions même si, étant associés, ils ont par la suite cédé la totalité des participations qu'ils détenaient dans la société.

Les dommages et intérêts sont versés à la société.

- quand un associé a subi le préjudice, on parle d'**action individuelle** ou d'action *ut singuli*. En exerçant l'action sociale dans l'intérêt de la société, l'associé va se substituer au représentant légal afin d'assurer la défense du patrimoine social. Les dommages et intérêts versés à l'associé en question.

⚠ Si on donne l'impression d'être le dirigeant de la société, on peut être mis en cause comme un dirigeant de droit, lors que l'on est **dirigeant de fait**.

3.5 La rémunération du dirigeant

3.5.1 Le *say on pay*

De plus en plus on cherche à appliquer les préconisations du "bon gouvernement" d'entreprise, notamment, le mécanisme du *say on pay* dans les sociétés cotées. L'assemblée donne un avis sur la rémunération attribuée au dirigeant. ⚠ Pour autant, il n'y a pas obligation de rémunération ! Dans les PME, le dirigeant est rarement rémunéré pour son mandat social (en revanche il est rémunéré et tant que salarié).

3.5.2 Les organes compétents

Parfois, la loi donne compétence à certains organes de la société pour décider de la rémunération du dirigeant. Par exemple, dans la SA, l'assemblée générale des actionnaires fixe le montant des "jetons de présence", qui correspondent à la somme versée chaque année aux administrateurs.

La rémunération doit être versée par l'organe qui a reçu compétence à en décider, par la loi ou les statuts. Dans la SARL, les statuts décident l'attribution de la rémunération, ou si les statuts ne précisent rien, c'est aux associés à décider.

3.5.3 Autres types de "rémunération"

Le directeur général et le président du conseil d'administration sont rémunérés sur décision du conseil d'administration, et la rémunération versée au dirigeant l'est au titre de son mandat social. Cette rémunération ne doit pas être "excessive". Mais qu'est-ce qu'une rémunération "excessive" ? Doit-on l'apprécier au regard du CA de la société ? Au regard de son résultat ? Dans l'absolu ? Cette question difficile rend les juges frileux.

Mais par ailleurs, d'autres sommes peuvent être perçues par le dirigeant : une retraite complémentaire ou

un parachute doré quand celui-ci quitte ses fonctions. Le parachute doré servirait à indemniser le préjudice lié à la cessation de fonction ; son montant est de plus en plus encadré, et son utilité décriée : pourquoi "récompenser" un dirigeant qui part parce qu'il a mal géré sa société.

3.6 La cessation de fonctions du dirigeant

Il existe différentes raisons – problématiques ou non – à la cessation de fonctions du dirigeants.

3.6.1 Fin du mandat social

C'est sans doute le cas le plus simple. Le dirigeant cesse d'exercer ses fonctions à la fin de son mandat social.

3.6.2 Démission du dirigeant

C'est un cas plus problématique, en tant que la démission peut être fautive : par exemple, un dirigeant qui quitte le navire juste avant un deal déterminant. En pratique, les statuts permettent de se prémunir contre ces éventualités, en spécifiant un **délai de préavis**. Le délai de préavis est souvent entre 3 et 6 mois, et les statuts peuvent donner une liste de personnes à informer. Si le délai de préavis n'est pas respecté ou si les bonnes personnes n'ont pas été informées, le dirigeant engage sa responsabilité. Cela signifie que si on estime qu'un préjudice a été porté à la société en cas de départ non préalablement annoncé, le dirigeant peut être conduit à verser à la société une indemnisation. Mais en pratique cela est relativement rare.

Deuxième risque : le dirigeant peut planter la société pour rejoindre la concurrence. Pour limiter ces comportements, les statuts de la société peuvent inclure des **clauses de non-concurrence**, inspirées du droit du travail. Une clause de non-concurrence empêche le dirigeant de travailler pour la concurrence dans une aire géographique donnée et dans un intervalle de temps fixé. Ce genre de clause inclut souvent une contrepartie financière versée au dirigeant, dont le montant et la durée de versement doivent aussi être précisés.

3.6.3 Révocation du dirigeant

Le cas de la révocation est également assez complexe. C'est le cas où la société met fin aux fonctions du dirigeant avant le terme de son mandat social, par résiliation de ce mandat social. Les raisons de cette révocation peuvent être multiples : la société n'est plus satisfaite du dirigeant en place, elle a en vue un meilleur dirigeant qui pourrait le remplacer etc. Il existe deux types de révocation :

- la révocation dite **sur juste motif**, qui comme son nom l'indique nécessite un juste motif de révocation : insuffisances professionnelles, activité concurrente menée de front avec la fonction de dirigeant, dirigeant "indélicat" qui tape dans les caisses de la société ... S'il est impossible de trouver un juste motif de révocation, des dommages et intérêts doivent être versés au dirigeant de la société (qui est quand même révoqué). Le gérant de société civile ou de SàRL est révocable sur juste motif.
- la révocation dite ***ad nutum***, ou "sur un signe de tête", sans préavis, sans motif, sans indemnité.

△ En pratique la jurisprudence prévoit des clauses d'indemnisation, qui sont tolérées tant qu'elles n'entravent pas la libre révocation du dirigeant (parachute doré etc.).

△ Il ne faut pas qu'une faute soit commise lors de la révocation ! Cela inclut : pas d'injures, pas de

défilé humiliant du dirigeant, respect du **principe du contradictoire**¹².

△ En pratique, on ne met pas toujours la révocation du dirigeant à l'ordre du jour de l'assemblée des actionnaires. On la déguise sous la dénomination "Examen de la gestion", et on applique la **théorie des incidents de séance**, qui permet de procéder "séance tenante" à la révocation du dirigeant, sans l'avoir préalablement annoncée.

Après révocation, il n'y a pas de réintégration possible, même s'il y a eu violation du principe du contradictoire ou absence de juste motif de révocation.

3.7 La R.S.E.

3.7.1 Définition

La R.S.E. peut signifier :

- responsabilité sociale et environnementale ;
- responsabilité sociétale et environnementale ;
- responsabilité sociale de l'entreprise.

C'est un ensemble de règles qui s'appliquent aux entreprises. L'idée est que la société est responsable non seulement devant les associés (attribution du bénéfice ...), mais aussi devant la société au sens large. Il s'agit de s'assurer que la société n'a pas un impact trop négatif sur l'environnement, et qu'elle se préoccupe d'un certain nombre de valeurs.

L'Art L225-102-1 C. Comm. stipule que des informations relative à la R.S.E. doivent se retrouver dans le rapport annuel du conseil d'administration des grandes SA :

"Il [le rapport du conseil d'administration] comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, incluant les conséquences sur le changement climatique de son activité et de l'usage des biens et services qu'elle produit, ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités."

Or, dire que l'on fait quelque chose en matière de R.S.E., c'est en théorie, *faire* quelque chose en matière de R.S.E.

3.7.2 La réglementation de la R.S.E.

Aujourd'hui, les informations concernant la R.S.E, chiffrées ou non, mettent au jour des difficultés de vérification et de traçabilité. L'objectif serait d'atteindre, pour les informations relatives à la R.S.E., le niveau d'auditabilité et de qualité des comptes. Mais nous sommes encore au démarrage de la R.S.E., qui ne concerne que certaines sociétés. On estime que dans un futur proche les seuils baisseront, et que peu à peu toutes les sociétés seront de près ou de loin concernées.

Aujourd'hui par exemple, les grands groupes qui sous-traitent des activités polluantes ne sont pas inquiétés. Il faudrait donc songer à étendre le périmètre d'action de la R.S.E. à l'*outsourcing* pour éviter que

12. le principe du contradictoire impose qu'il y ait une discussion entre la société et le dirigeant avant sa révocation effective. Depuis l'**Arrêt de la Chambre de Commerce de la Cour de Cassation du 14/05/2013**, les motifs fondant la révocation doivent être communiqués au dirigeant. Il y a obligation de loyauté et de dialogue.

les grands groupes ne puissent se "déculpabiliser" facilement (par exemple, Nike qui faisait fabriquer ses chaussures par des enfants chinois ...). Un double mouvement semble se mettre en marche actuellement :

- un mouvement à l'échelle européenne, avec un certain nombre de directive à paraître ;
- un mouvement d'inspiration anglo-saxonne, qui veut mettre fin au cloisonnement entre info comptable et non-comptable. Il s'agirait d'éviter une information "en silo", qui ne ferait aucun lien entre la gouvernance, les aspects sociaux et environnementaux d'une part et les résultats financiers d'autre part. On cherche donc maintenant à faire un rapport intégré.

△ En effet, personne aujourd'hui n'achète une entreprise sur la seule base de ses résultats financiers ! Intégrer la R.S.E. aux informations financières permettrait de fournir des données supplémentaires aux investisseurs en bourse !

Mais ce mouvement reste compliqué sur le plan conceptuel. L'AMF notamment tente d'uniformiser les données, car même les indicateurs les plus simples supposent dans ce domaines un protocole de définition. Par exemple, qu'est-ce que l' "effectif" d'une société ? Faut-il prendre en compte les maladies ? Les CDD ? Les stagiaires ? Ce genre de notions a été correctement défini par l'AMF. C'est un véritable travail de normalisation qui vise à être sûr que l'on met la même chose derrière les mêmes mots.

3.8 Le gouvernement d'entreprise

3.8.1 Définition

Le **gouvernement d'entreprise** est une notion très similaire à la *corporate governance* anglaise. C'est un ensemble d'idées et de mécanismes mis en place pour assurer une meilleure direction à la société. La prise de conscience de la nécessité d'un gouvernement d'entreprise s'est amorcée dans les années 30 aux États-Unis. Elle s'est accentuée dans les années 90 au Royaume-Uni s'est déclenchée un peu plus tard en France.

△ Notons que près de 47% des sociétés du CAC40 sont dirigées par des étrangers ! Ceux-ci ont été sensibilisés aux bonnes pratiques du gouvernement d'entreprise et ont contribué à importer le concept en France.

Quelques exemple de recommandations :

- avoir des administrateurs indépendant dans le conseil d'administration des SA cotées ;
- soumettre la rémunération du dirigeant à l'assemblée, selon le principe du *say on pay* ;
- prévoir des comités spécialisés pour le conseil d'administration, afin de faciliter la prise de décision : comité d'audit, comité de rémunération, comité des nominations ...
- lutter contre les conflits d'intérêt.

Ces recommandation sont censées certifier aux actionnaires et aux marchés une meilleure gouvernance des entreprises.

3.8.2 Sources

Le gouvernement d'entreprise peut être fixé par la loi ou par des codes de gouvernement d'entreprise. Fixé par la loi, il vise notamment à réduire les conflits d'intérêt par le contrôle des conventions réglementées. La dissociation entre président et directeur général est inscrite dans la **loi NRE du 15/05/2001**.

A la loi s'ajoutent les codes, qui peuvent être de deux "sortes" :

- ceux mis en place par des experts (modèle allemand). le processus n'est pas rigoureusement démocratique, mais tout au moins représentatif des différents intérêts en présence.

- ceux rédigés par les syndicats ou associations professionnelles, qui n'ont pas forcément la même représentativité que les codes d'experts. Par exemple le code de l'AFED-MEDEF (dernière version juin 2013), qui est suivi par une majorité de sociétés françaises cotées. Mais aussi le code Middlenext qui émane d'une association professionnelle.

3.8.3 Force obligatoire

On a vu que c'était surtout les sociétés cotées qui respectaient les codes de gouvernement d'entreprise. Mais les sociétés plus petites peuvent aussi s'en inspirer. Dans tous les cas, les codes n'ont pas de "force obligatoire", mais pour autant, ils sont accompagnés de la règle du *complain or explain* (en français : appliquer ou s'expliquer), ce qui signifie que la négligence d'une recommandation du code doit être justifiée par le dirigeant.

Plus généralement, la distinction traditionnelle entre *hard law* (Code de Commerce principalement) et *soft law* (codes etc.) semble perdre de sa pertinence à l'heure actuelle. En effet, ne pas respecter la *soft law* conduit tout de même des "dénonciations", notamment dans le rapport annuel de l'AMF ou le rapport bisannuel de l'AFEP-MEDEF – cette organisation ayant en outre une instance de surveillance. Toute mauvaise action sera donc pointée du doigt, même si elle est "*soft*". On peut donc parler pour les codes de gouvernement d'entreprise de "recommandation contraignante".

4 Les grands types de société

4.1 Les sociétés civiles

4.1.1 Définition

Une **société civile** (SC) est comme son nom l'indique, une société qui exerce une activité civile. Elle s'oppose ainsi aux sociétés commerciales, qui elles exercent une activité commerciale. C'est une société de personnes bâtie sur le modèles de la SNC (société en nom collectif), réformée en 1966 et 1978. C'est aujourd'hui une forme de société très répandue et très diversifiée.

La société civile fait l'objet d'un chapitre du Code Civil.

△ On pense souvent à la SCI (société civile immobilière), mais en fait il ne s'agit pas d'une forme sociale particulière ! Elle est définie par le Code Civil au même titre que la SC. En revanche, la SCP (société civile professionnelle) qui est faite pour les professions libérales, fait l'objet de lois et de décrets particuliers qui se surajoutent aux règles de base du Code Civil.

4.1.2 Les créances

La société civile est une société de personnes dirigée par un ou plusieurs **gérants**. C'est une société à responsabilité illimitée et non solidaire ce qui implique deux choses :

- une obligation des associés aux dettes si la société ne les paie pas
- le créancier n'a pas le droit de demander à un seul associé l'intégralité de la créance ; il ne peut lui demander que dans les proportions de sa part dans l'entreprise.

C'est ce que dit l'**Art. 1857 C. Civ.**

"A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements.

L'associé qui n'a apporté que son industrie est tenu comme celui dont la participation dans le capital social est la plus faible."

L'Art. 1858 C. Civ. ajoute :

"Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale."

4.1.3 Les professions libérales

Si une SC commence à exercer une activité commerciale elle subit un traitement fiscal particulier, mais surtout, le législateur crée une autre société commerciale non immatriculée (**société créée de fait**), ceci afin que l'activité commerciale soit exercée sans contradiction avec la loi.

Une exemple d'activité civile est l'ensemble des professions libérales. Celles-ci bénéficient d'une forme particulière de société civile : la société d'exercice libéral (SEL), qui peut être à responsabilité limitée (SE-LàRL). Cette forme sociale permet à ceux qui exercent des professions libérales donc civiles de recourir à des formes de sociétés commerciales.

△ Problème : comment traiter ces sociétés hybrides ? Selon leur forme (commerciale), ou selon leur activité (civile) ?

4.2 Les sociétés commerciales

Elles sont toutes régies par le **Livre 2 du Code de Commerce**. Celui-ci comporte des dispositions communes à toutes les sociétés commerciales (les premières dispositions surtout), ainsi que des dispositions "société par société". Les sociétés par actions – SAS, SA, SCA – mais aussi la SE (société européenne), la SàRL et la SNC sont des sociétés commerciales.

Les sociétés commerciales sont des personnes morales exerçant une activité commerciale : en somme, des commerçants. La preuve des acte de commerce est libre à l'égard des commerçants, comme le dit l'Art. L110-3 C. Comm. :

"A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi."

Du coup, on n'applique pas les règles de preuve du Code Civil. En particulier, pas besoin de preuve écrite pour les actes de commerce d'un montant supérieur à 1 500€.

△ Bien souvent le dirigeant n'est pas commerçant lui-même ! Et les associés non plus. C'est la société en tant que personne morale qui exerce l'activité commerciale ! Cela vaut en particulier pour la SàRL.

△ C'est donc aussi sur la société commerciale que pèsent les contraintes liées à l'activité de commerçant ! Si la société n'est plus en mesure de payer ses dettes, elle peut être soumise à une procédure collective et éventuellement faire l'objet d'une liquidation judiciaire ("faillite").

△ La SNC peut néanmoins donner à ses associés la qualité de commerçant (car ils sont associés "en nom") !

La personne commerciale (commerçant) se distingue de la personne civile en ce qu'elle peut faire des actes de commerce. L'acte de commerce peut être :

- **par nature** : actes reflétant par essence l'activité commerciale et entraînant une présomption simple de commercialité. Cela inclut les activités de finance (assurance, banque), d'industrie (manufacture, transport...), d'intermédiaire (courtage *i.e.* intermédiaire entre contractants, agence d'affaire). Il peut également s'agir d'activité d'échange : location de meubles, etc., mais principalement l'achat pour revendre.
- **par la forme** : actes exercés indépendamment de la qualité de commerçant. Ces actes peuvent être effectués par les sociétés commerciales (tous actes effectués dans ce cadre). Il peut s'agir d'une lettre de change, considéré comme un acte de commerce.
- **à titre accessoire** : actes passés par des commerçants pour les besoins de leur commerce (suivant l'adage selon lequel l'accessoire suit le principal). Lorsque les actes sont passés par un commerçant dans l'exercice de son activité, l'accessoire est "subjectif". Lorsque des actes sont passés par un non-commerçant dans le but d'exercer un commerce, l'accessoire est "objectif".

- un acte par la forme : constitue en tant que tel un acte de commerce (billet à ordre, effet de change, instruments de mobilisation de créance). Créé au moment des grandes foires (Flandres, Italie du Nord) : le commerçant se faisait remettre un billet à ordre par son banquier au moment de partir. Il recevait ensuite la somme en liquide .

- un acte de commerce par accessoire : acte qui en tant que tel n'est pas un acte de commerce, mais puisqu'il est réalisé dans le cadre d'une activité commerciale, deviennent des actes de commerce. Ex : boutique qui fait de la vente de vêtements, achat d'une caisse et d'un ordinateur...le but n'est pas de revendre, mais c'est fait dans le cadre de l'activité commerciale.

4.3 La société à responsabilité limitée (SàRL)

4.3.1 Définition

C'est une forme de société très importante, dans la mesure où c'est la plus présente en France : plus de 1 400 000 SàRL en France en janvier 2012 (en comptant les EURL).

La société à responsabilité limitée est une **société commerciale** régie par les articles L223-1 et suivants du Code de Commerce.

4.3.2 Capital de la SàRL

La SàRL peut être constituée très simplement, dans la mesure où le capital social minimum exigé pour la créer est de 1€¹³ symbolique. En théorie donc, pas besoin de rassembler des fonds pour créer une SàRL, mais en pratique, on ne peut aller sérieusement voir une banque avec un capital de 1€. En effet, comme la responsabilité des associés d'une SàRL est limitée à leurs apports, le banquier peut devant une SàRL à très faible capital social exiger des garanties, par exemple en demandant aux associés de se porter caution des engagements de la société. On a donc bien une responsabilité limitée en droit, mais non en fait, en raison des garanties personnelles exigées par les créanciers envers les dirigeants ou associés.

4.3.3 Effectif de la SàRL

La SàRL est aussi une **société de personnes**, souvent de petite taille, mais qui a tendance à appliquer les règles des sociétés de capital (la SA notamment). Ainsi la SàRL est dans un entre-deux. Et elle ne peut

13. Ce n'a pas toujours été le cas, le capital social minimum de la SàRL avait beaucoup augmenté jusqu'en 2003, puis subitement ce minimum a été supprimé pour passer à l'€ symbolique.

devenir trop "grosse", car plus de 100 personnes dans une SàRL est synonyme de dissolution de la société dans un délai d'un an, sauf bien sûr si entre temps, l'effectif est repassé en-dessous de la barre ou si la société a fait l'objet d'une transformation (en SAS ou SA principalement).

4.3.4 Gouvernance de la SàRL

Une SàRL ne peut être cotée en bourse. Elle émet donc non pas des actions mais des parts sociales, avec un régime particulier. Elle n'a pas de conseil d'administration, mais un ou plusieurs gérants qui possèdent un pouvoir de direction générale de la société.

4.4 La société anonyme (SA)

4.4.1 Définition

La société anonyme (SA) est une forme de société particulière dans la mesure où c'est la plus réglementée (celle qui a le plus de texte encadrant son fonctionnement). La SA peut être cotée en bourse¹⁴ ce qui justifie ces importantes réglementations. En France, bon nombre de PME ont encore la forme de SA, même si la société par actions simplifiées (SAS) est une forme plus appropriée.

Ils faut au minimum 7 actionnaires et un capital social de 37 000€ pour former une SA. Apport en numéraire et en nature sont autorisés ; en revanche, pas d'apport en industrie possible. En effet la SA est la société de capital par excellence : ce qui est important c'est les capitaux apportés et non pas les personnes.

4.4.2 Actions

Une SA émet des actions, et tout actionnaire est donc associé de la SA. En principe, la SA est "ouverte", c'est-à-dire que n'importe qui peut devenir actionnaire pourvu qu'il trouve quelqu'un pour lui vendre des actions, où qu'il puisse souscrire à une augmentation de capital. △ On peut prévoir dans les statuts de la SA une clause limitant la libre négociabilité des titres : *via* la **clause d'agrément**. Cette clause d'agrément stipule que pour pouvoir céder des actions, il faut obtenir un accord du conseil d'administration ou de l'assemblée des actionnaires.

4.4.3 Gouvernance

La loi prévoit deux formes d'organisation de la SA :

- SA avec **conseil d'administration**
- SA avec **directoire et conseil de surveillance**

Le conseil d'administration est un organe composé d'administrateurs nommés dans les statuts ou désignés par vote de l'assemblée générale des actionnaires. Ces administrateurs choisissent parmi eux un président, qui peut ou non être directeur général de la SA.

△ Avant 2001, le président du conseil d'administration était forcément directeur général : c'était le "PDG". Depuis 2001, il est possible et recommandé de dissocier les deux fonctions. Cela assure en effet une meilleure gouvernance car le conseil est censé contrôler la direction ! Être "PDG" c'est donc se surveiller soi-même ! La personne contrôlée (directeur général) est à la tête de l'organe de contrôle (conseil d'administration) ! Le directoire est un organe de direction collégial. Le conseil de surveillance qui lui est associé n'a pas de pouvoir de direction, son rôle est de surveiller la gestion du directoire.

14. même si dans les faits une minorité de SA sont cotées

La SA est donc fortement encadrée, même au sein des organes de contrôle. Par exemple, on impose à la SA d'avoir un commissaire aux comptes et des assemblées. Cette protection est dans l'intérêt des actionnaires de la SA. Mais les réglementations évoquées plus haut valent aussi bien pour les SA cotées que pour les SA non cotées. Il existe seulement des différences ponctuelles.

4.5 La société par actions simplifiées (SAS)

4.5.1 Définition

La **société par actions simplifiées** est une forme de société "moderne", dans la mesure où elle a été introduite en 1994. Au départ, la SAS servait à constituer des sociétés de sociétés, et notamment offrait une structure souple pour mettre en place des filiales, avec des conditions plus simples que dans le cas de la SA. Jusqu'en 1999 donc, la SAS devait être composée de sociétés d'une certaine taille. Mais depuis 1999, la SAS s'est "ouverte" : toute personne physique ou morale peut maintenant constituer une SAS.

4.5.2 Liberté statutaire

Dans la SAS, les statuts jouent un très grand rôle, selon deux axes :

- direction et contrôle de la société
- décisions collectives

En matière de gouvernance, la SAS n'est pas régie par les textes relatifs au conseil d'administration, directoire ou conseil de surveillance que nous avons évoqués plus haut. La SAS s'organise comme elle le souhaite, par ses statuts. [⚠] Le président de la SAS demeure une figure imposée : c'est le représentant légal de la SAS. Il peut être assisté de directeurs généraux délégués.

Dans une SAS, on peut créer une infinité d'organes qui suppléent le directeur : conseil d'administration, comité exécutif avec des pouvoirs définis dans les statuts ...

En matière de décisions collectives, grande liberté également. Les décisions collectives doivent être prises par les associés, mais plusieurs modalités sont possibles :

- assemblée
- consultations écrites
- consultations par Internet ...

[⚠] Il faut néanmoins s'assurer que la prise de décision est bien collective : tous les associés doivent pouvoir échanger.

4.5.3 SAS et pactes d'actionnaires

L'**Art. L227-1** et suivants permettent une "remontée" des pactes d'actionnaires dans les statuts de la SAS. Cela concerne notamment :

- les clauses d'exclusion d'un associé
- l'inaliénabilité des actions (durée maximum de 10 ans)

On a ainsi voulu sécuriser les mécanismes qui figuraient dans les pactes d'actionnaires, en les inscrivant dans les statuts. [⚠] Cela dit la SAS est aussi régie par les règles de la SA, dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec les décisions particulières prises par la SAS dans ses statuts. Ainsi, la SAS est soumise à quatre types de règles :

- les règles spécifiques à la SAS
- les règles inscrites dans les statuts de la SAS

- les règles de droit commun des sociétés
- les règles spécifiques à la SA, sous réserve de compatibilité

La SAS a connu un grand succès, en tant qu'elle bénéficie des avantages propres à la société par actions

- émissions d'actions de préférence
- fiscalité favorable en terme d'enregistrement des titres par rapport à la fiscalité appliquée aux parts sociales (0.1% contre 3%)

... et qu'elle demeure plus simple et plus flexible que la SA (organes "à la carte"). △ Néanmoins cela implique une certaine difficulté dans la rédaction des statuts : la loi ne peut nous protéger contre des statuts mal définis ! C'est la responsabilité des associés.

4.6 La société en commandite par actions (SCA)

Une société en commandite par actions ou SCA est une structure juridique originale pour laquelle on distingue deux types d'associés :

- les **commanditaires** qui ne sont responsables qu'à hauteur de leurs apports. Les actions sont nominatives. L'assemblée des commanditaires suit les mêmes règles que dans une société anonyme (SA) ;
- les **commandités** qui sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Ils ont le statut de commerçants, et sont nommés par les commanditaires. Ils peuvent être également commanditaires. L'assemblée des commandités suit les mêmes règles que dans une société en nom collectif (SNC).

En contrepartie, les commandités disposent de prérogatives accrues (ils disposent notamment, sauf clause contraire, d'un **droit de veto** sur toute modification des statuts).

Ce type de société existe en France, en Suisse et en Belgique, ainsi qu'à Luxembourg notamment.

△ Ne pas confondre société en commandite par actions et société en commandite simple (dans laquelle les associés reçoivent des parts et non des actions) !

La SCA est administrée par des **gérants** nommés par les commandités avec l'accord des commanditaires. Ils sont contrôlés par un conseil de surveillance composé de commanditaires.

Le capital social minimum est de 37000€ (comme pour la SA).

Le dirigeant peut-être une personne morale ou une personne physique, un associé ou un tiers. Seule limite, un commanditaire ne peut pas être gérant.

Pour que la constitution d'une SCA soit valable, il faut au minimum 1 commandité et 3 commanditaires.

4.7 Coopératives, associations, GIE

Ce sont trois formes de groupements ayant des régimes particuliers.

4.7.1 Les coopératives

Ces sont des sociétés qui obéissent à des régimes juridiques complexes :

- les droit des sociétés (droit général et et droit spécial correspondant à la forme juridique que la coopérative s'est donné)
- les règles communes à toutes les coopératives du 10/09/1947 ¹⁵ définissant les objectifs des coopératives d'une façon large

15. en cours de modification

- les statuts spéciaux (coopérative agricole, coopérative de commerçants détaillants ...)

Une coopérative a pour objectif de faciliter l'activité professionnelle de ses membres, par exemple, par l'achat de biens à des prix "de groupe", c'est-à-dire des prix préférentiels.

4.7.2 Les associations

Une association n'est pas une société, mais elle peut être le "support" d'une société :

- elle peut détenir et éventuellement exploiter une société
- elle peut être associée d'une société

Les associations ont un régime juridique double :

- le régime général de la **Loi du 01/07/1901**
- des régimes spéciaux pour certaines associations

Selon la **l'Art. 1 de la Loi du 01/07/1901** :

"l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices..."

L'association n'a donc pas de visée lucrative. \triangle Comme on l'a vu, une association peut exploiter une société pour mieux réaliser son objectif, mais elle n'a pas le droit de redistribuer les bénéfices réalisés !

Le membre d'une association n'est pas un associé, mais un **sociétaire**.

4.7.3 Les groupements d'intérêt économique (GIE)

Ces groupements ne sont pas des sociétés, et sont régis par des dispositions du Code de Commerce (**Art. L251-1** et suivants).

Ces groupements sont proches des coopératives en ce qui concerne les objectifs : faciliter et développer l'activité économique des membres, améliorer ou accroître les résultats de l'activité.

\triangle Cela dit, les GIE n'ont pas le droit de réaliser des bénéfices pour eux-mêmes : l'activité économique d'un GIE est rattachée à celle de ses membres (**caractère auxiliaire du GIE**).

Par ailleurs, l'Art. L256-1 C. Comm. affirme que les membres d'un GIE sont tenus des dettes de celui-ci, sur leur patrimoine propre. On a donc une garantie des dettes du groupement.

Un exemple de GIE : groupement d'entrepreneurs pour assurer des activités de publicité dans un domaine donné.

5 Les opérations des sociétés

5.1 Les assemblées et autres décisions collectives

5.1.1 Le rôle des associés

Si c'est au dirigeant de prendre les décisions concernant la gestion courante de l'entreprise, les associés aussi peuvent être amenés à prendre des décisions, notamment ils :

- approuvent les comptes sociaux
- décident de la répartition du bénéfice éventuel (versement de dividendes, mis en réserves ...)
- décident de la nomination ou du changement d'un dirigeant
- votent la modification des statuts (notamment, le changement de l'objet social de l'entreprise)

- votent la modification de la forme juridique de la société (SA, SàRL, SAS etc.)
- décident de la dissolution de la société (dissolution pure et simple, ou absorption par une autre société)

Dans une SA, ago : 20% des actions représentées pour le 1er tour, 0% pour le 2e, sur majorité 50% Age : 25% 1er tour, 20% 2e tour, majorité 2/3 Avec une SAS, on peut supprimer la différence ago et age!!! On peut fixer des règles de quorum et de majorité à sa libre convenance.

5.1.2 Droit de vote vs droit de participation

L'Art. 1844 Al. 1 C. Civ. garantit le droit pour tout associé de participer aux décisions de la société :

"Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives."

L'associé doit pouvoir se rendre à l'assemblée générale, participer à la discussion, et *a priori* au vote. Les statuts ne peuvent déroger au droit de participation, si l'on applique un raisonnement *a contrario* à partir de l'Art. 1844 Al. 4 C. Civ. :

"Les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent."

Qui signifie en creux que les statuts ne peuvent déroger à l'alinéa 1 précédemment cité. Il faudrait donc au moins une loi pour écarter un associé de l'assemblée.

△ La jurisprudence nous dit cependant qu'il faut opérer une distinction entre le droit de vote (qui peut éventuellement être retiré) et le droit de participation aux décisions collectives (qui lui est inaliénable). Mais dans tous les cas, même pour le droit de vote, il faut agir avec précaution, et éviter de retirer le droit de vote à un associé dans les cas où la loi ne l'autorise pas expressément.

Un exemple est celui des conventions réglementées dans la SA : un associé intéressé ne peut pas prendre part au vote de l'assemblée générale sur l'approbation de la convention réglementée, car il est en situation de conflit d'intérêt. Et même dans cette situation, il est impossible de l'écarter complètement de la discussion.

	Assemblée générale ordinaire	Assemblée générale extraordinaire
Première convocation		

5.1.3 Autres intervenants

Lors des assemblées, des intervenants autres que les associés peuvent être présents :

- le dirigeant de la société
- le commissaire aux comptes
- deux membres du comité d'entreprise (CE), ceux-ci pouvant même être entendus à leur demande en cas de décision nécessitant la majorité (Art. L2323-67 C. Trav.)

Ce genre de modèle serait à reproduire dans les sociétés n'ayant pas d'assemblée générale.

△ Mais que faire dans les cas des sociétés unipersonnelles (EURL et SASU) ? Il n'y a pas d'assemblée, il y a décision de l'associé unique ... Comment faire pour les membres du CE ? Les prévenir à l'avance ? Mais il n'y a pas d'assemblée, donc pas de décision collective à laquelle ils peuvent assister ...

5.2 La convocation et les autres étapes préalables

On détaille ici les étapes préalables à la prise d'une décision par les associés d'une société. Les associés se réunissent pour prendre cette décision, qui constitue un acte juridique. Ils ne peuvent pas le faire

d'une manière informelle : des règles particulières existent pour assurer que la décision est prise dans des conditions correctes.

5.2.1 Devoir d'information

Tout ce la vaut davantage pour les grosses sociétés ; en effet dans les sociétés plus petites, les associés se connaissant et sont souvent responsables des dettes sociales. Ils s'assurent donc eux-mêmes que l'assemblée (ou le document signé, ou la consultation écrite) dispose de suffisamment d'informations. Dans les grandes SA en revanche, la loi (et plus exactement la partie réglementaire du Code de Commerce) encadre précisément l'information qui doit être adressée aux actionnaires. Les associés doivent recevoir du ou des dirigeants l'information leur permettant de prendre leur décision dans de bonnes conditions ; il faut donc éviter les vices du consentement, qui pourraient apparaître avec des informations insuffisantes ou erronées.

5.2.2 La convocation

Il faut aussi impérativement convoquer, prévenir les associés qu'une décision va être prise, avec des délais prévus par la loi ou les statuts. \triangle Il faut qu'absolument tous les associés soient prévenus ! En effet, il serait facile de ne convoquer pour une décision donnée que les associés susceptibles de voter pour, afin de faire passer cette décision en loucedé.

Il faut aussi informer les associés de l'**ordre du jour**, car en principe, on ne peut faire statuer une assemblée sur des points qui ne figurent pas à l'ordre du jour. En effet, si on traite à l'assemblée générale d'un point important non annoncé à l'ordre du jour, tous ceux qui ne sont pas allés à l'assemblée mais qui auraient pu être concernés par ce point précis se retrouvent floués, leur voix ne sera pas entendue.

\triangle Une grosse exception à ce principe dans le cas de la SA : le **théorie des incidents de séance** est une notion jurisprudentielle ancienne, qui nous dit que même si le remplacement des dirigeants ou administrateurs n'est pas inscrit à l'ordre du jour, il est possible de procéder pendant l'assemblée à une révocation (**Art. L225-105 C. Comm.**). C'est une mesure de souplesse particulière pour révoquer plus facilement les dirigeants ne donnant pas satisfaction à la société (on évite en effet de reporter la révocation à l'assemblée suivante, ce qui ralentirait tout le processus).

5.2.3 Les discussions

Il faut aussi tenir correctement les échanges, en permettant à tous les associés de s'exprimer :

- en personne
- par le biais de représentants¹⁶
- de façon dématérialisée¹⁷

Un **procès verbal** de la discussion résume quelle décision ont été prises.

5.3 L'approbation des comptes et l'affectation du résultat

5.3.1 L'approbation des comptes

La société vit de manière rythmée : exercice après exercic, du 1^{er} janvier au 31 décembre. Quand une exercice se termine, la société fait approuver les comptes par une décision collective des actionnaires.

16. leur admission à l'assemblée varie selon le type de société

17. si cela est autorisé dans les statuts

L'intérêt est que les actionnaires savent ce qui s'est passé pendant l'exercice, ainsi que les raisons du résultat positif ou négatif.

5.3.2 L'affectation du résultat

Si le résultat de l'exercice s'avère positif et que les comptes sont approuvés, la société a un bénéfice distribuable sous forme de dividendes.

⚠ Une partie du bénéfice doit souvent être affectée à des réserves que la loi ou les statuts peuvent imposer de constituer.

⚠ Les associés eux-mêmes peuvent choisir de constituer des réserves pour augmenter le pouvoir de financement de la société.

Si les associés prennent en assemblée la décision de distribuer le bénéfice sous forme de dividendes, chaque part ou action reçoit une fraction *a priori* égale du bénéfice distribué. Les actionnaires sont donc rétribués dans les proportions de leur part dans la société, comme défini dans l'**Art. 1844-1 C. Civ.** :

"La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. [...]"

5.3.3 Actions de préférence

Il est cependant possible que certaines actions soient avantagées par rapport à d'autres. En effet une société par actions peut émettre des **actions de préférence**. Une "préférence", c'est un droit particulier prévu dans les statuts.

Un exemple d'action de préférence est l'action à dividendes prioritaires sans droit de vote. Celle-ci donne droit à un dividende payé avant, ou mieux payé, en l'échange du droit de vote qui est suspendu. L'actionnaire renonce alors à une partie de son droit politique, mais il peut toujours participer aux décisions collectives sans voter.

⚠ Si le dividende prévu par les actions n'est pas servi pendant une certaine durée, les actions retrouvent leur droit de vote.

5.4 Les décisions extraordinaires

5.4.1 Les décisions

Les décisions extraordinaires sont des décisions "non-ordinaires", en tant qu'elles modifient le mode de fonctionnement de la société, autrement dit ses statuts.

En principe, les associés s'accordent sur les statuts au moment de créer la société, et ils souscrivent des parts ou actions en fonction de ces statuts. Les décisions extraordinaires peuvent toucher :

- le montant du capital social, lorsque par exemple, la société doit faire entrer de nouveaux actionnaires pour se financer
- le siège social, lorsque la société "déménage"
- l'objet social
- des clauses particulières, par exemple la clause d'agrément lorsqu'une société jusque là "ouverte" veut empêcher des nouveaux actionnaires d'entrer au capital sans contrôle du conseil d'administration

- la transformation de la société, par exemple, passage de la SA à la SàRL, qui suppose un bouleversement de fond : suppression du statut de dirigeant, du statut d'administrateur, du conseil d'administration, pour remplacer tout cela par un ou des gérants ...
- la fusion ou la dissolution de la société

⚠ Les acquisitions ne dépendent pas de l'assemblée générale !

5.4.2 Les règles

Les règles de quorum et de majorité sont plus strictes que celles requises pour le fonctionnement courant de la société (décisions ordinaires).

On peut opter pour une majorité au deux tiers ou même aux trois quarts, en tenant compte des actions ou parts présentes ou représentées, ou bien de toutes les parts ou actions (ce qui suppose que beaucoup de "gros" actionnaires soient là pour voter ...). On peut même parfois imposer le vote à l'unanimité, par exemple :

- dans le cas de l'augmentation des engagements des différents associés, qui peut survenir lorsqu'on passe d'une SàRL (responsabilité limitée aux apports) à la SNC (associés garants indéfiniment et solidairement des dettes sociales).
- dans le cas de la transformation d'une société quelconque en SAS, dans la mesure où le statut de SAS joue un rôle important et peut par là même se révéler "dangereux" pour les associés.

Dans ces deux cas il faut que tous les associés soient d'accord pour prendre un risque supplémentaire.

5.5 Les augmentations et réductions de capital

5.5.1 Présentation

C'est une catégorie particulière d'opération que les sociétés peuvent mener. Le capital d'une société est initialement fixé sur une décision des actionnaires, et figure dans les statuts de la société. Mais le capital peut connaître des évolutions au cours du temps : augmentations ou réductions.

5.5.2 Les augmentations de capital

Avant d'être un instrument juridique, la société est un instrument économique dont le rôle est de lever des fonds. L'augmentation de capital social est un moyen de lever des fonds. Cette augmentation peut s'opérer selon deux protocoles :

- soit on demande aux actionnaires actuels de mettre davantage d'argent dans le capital de la société
- soit on fait appel à des tiers extérieurs à la société

Dans tous les cas, l'augmentation de capital donne lieu à une émission d'actions ou de titres nouveaux qui viennent rémunérer les actionnaires ayant contribué à l'augmentation, dans les proportions de leur apport.

L'augmentation de capital est une décision à la fois fréquente et importante, dans la mesure où elle entraîne une modification des statuts de la société. La loi ou les statuts eux-mêmes prévoient pour cela des procédures particulières.

Par exemple, dans le cas de la SA, la décision d'augmenter (ou de réduire) le capital de la société est déléguée à l'assemblée générale extraordinaire. Ce protocole est relativement lourd, surtout pour les grosses sociétés cotées, où l'organisation d'une assemblée générale prend 2 mois en moyenne – 2 mois pendant lesquels le prix de l'action peut fluctuer sensiblement.

Du coup, pour éviter cette lourdeur organisationnelle, la loi prévoit une possibilité de transfert du pouvoir décisionnel en matière d'augmentation de capital de l'assemblée générale extraordinaire vers les organes de direction. C'est ce qu'on appelle la **délégation de compétence**, qui s'opère sur décision de l'assemblée générale, qui fixe un délai et un plafond pour cette délégation. Celle-ci peut se faire au bénéfice :

- du conseil d'administration le plus souvent
- du représentant légal de la société (président), dans certains cas et pour des raisons de souplesse,

△ Comme l'augmentation de capital implique une modification des statuts, ce sont normalement les associés qui décident, et donc l'augmentation ne doit pas aboutir à leur appauvrissement, d'où ce que l'on appelle le **droit préférentiel de souscription** (DPS). Le DPS permet aux associés de souscrire prioritairement aux actions émises lors de l'augmentation de capital. Il peut être "utilisé" de trois manières :

- être utilisé tel quel, par l'associé qui le possède
- être cédé, soit à quelqu'un qui est déjà actionnaire, soit à un tiers. Le DPS est donc négociable
- faire l'objet d'une renonciation

△ La société doit aussi être gérée dans son intérêt social ! Parfois, il faut donc passer outre le droit des associés : l'assemblée générale à majorité qualifiée peut alors décider de supprimer le DPS, ceci afin d'attirer une nouvelle catégorie d'investisseurs où de s'introduire en bourse – en bref, dans tous les cas où le DPS constitue un frein à la bonne conduction de l'opération d'augmentation du capital.

5.5.3 Les réductions de capital

Dans le cas d'une réduction de capital, il faut distinguer entre réduction motivée par des pertes et réduction non motivée par des pertes :

- réduction motivée par des pertes : c'est une bonne opération pour les créanciers. En effet la société ramène le montant statutaire de son capital social à quelque chose qui correspond davantage à la réalité
- réduction non motivée par des pertes : ce peut être une action "dangereuse" pour les créanciers, si le but est de rendre leurs apports aux actionnaires (l'argent prêté a alors moins de chances d'être remboursé !). Dans ce cas, et surtout si cela concerne une société par actions, les créanciers peuvent exercer un **droit d'opposition** pour se défendre contre la réduction de capital social.

Un exemple "hybride" de réduction de capital est ce qu'on appelle le "**coup d'accordéon**". C'est une opération par laquelle on lie une réduction de capital (motivée par des pertes) à une augmentation de capital ultérieure, qui s'en trouvera facilitée. Souvent d'ailleurs, la réduction et l'augmentation sont décidées durant la même séance de l'assemblée générale.

△ La réduction de capital doit être décidée sous la condition suspensive de la réalisation de l'augmentation de capital (car le capital social ne peut rester à 0€ !).

Ce genre d'opération arrive pour les sociétés en difficulté, pour lesquelles les capitaux propres sont passés en dessous de la moitié du capital social. La loi impose indirectement le coup d'accordéon dans ces cas. Cela favorise l'entrée de nouveaux investisseurs dans la société, puisqu'ils ne sont plus (ou du moins, peu), en concurrence avec les anciens actionnaires.

5.6 Les changements d'orientation

5.6.1 La réglementation

Un changement d'orientation survient quand une société qui avait une activité donnée (et inscrite dans ses statuts) décide de la modifier. Il faut donc changer les statuts et plus précisément l'objet social

de la société. Mais cela peut avoir des conséquences particulières. En effet, avant de changer l'objet social, il faut s'assurer qu'on remplit les conditions nécessaires à l'exercice de l'activité nouvelle. Ces exigences prévues par la loi ou les règlements peuvent être :

- des exigences de diplôme
- des exigences de moralité que doivent satisfaire le dirigeant et/ou les associés
- des exigences en terme de forme sociale (toute forme sociale ne peut exercer toute activité)

Pour le dernier point, on peut citer l'exemple des sociétés d'assurance, de capitalisation ou d'épargne, qui ne peuvent adopter la forme d'une SARL, selon l'Art. L223-1 C. Comm. :

"[...] Les sociétés d'assurance, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter la forme de société à responsabilité limitée."

Du coup, une SARL qui veut faire de l'assurance doit au préalable modifier sa forme sociale, par exemple en devenant une SA.

Il est donc crucial de vérifier que le changement d'orientation est licite !

5.6.2 Qui décide ?

Le changement d'orientation peut être décidé indirectement, mais cela reste une question sensible, surtout dans le cas de la cession d'un fonds de commerce unique ou plus généralement d'un actif essentiel de la société.

Par exemple, dans le cas d'une société de holding (vouée, par définition, à détenir des participations dans d'autres sociétés) ne détenant qu'une seule participation de 100% d'une autre société, c'est au directeur général de la holding de décider de la cession à un tiers de l'intégralité de cette participation. Si l'objet de la société est de "détenir toute participation", cette décision de cession peut passer.

Mais parfois, la jurisprudence hésite, car on peut considérer que la vente d'un bien très important, ou du bien unique de la société n'est pas une décision "de gestion courante", et que, le cas échéant, elle concerne directement les associés (et pas seulement le dirigeant).

Ainsi, il existe des clauses statutaires limitant le pouvoir du dirigeant. Par exemple, on peut considérer qu'un dirigeant de holding voulant céder une participation dans une autre société devrait préalablement obtenir l'autorisation des associés réunis en assemblée. Céder la participation sur décision unilatérale engagerait alors la responsabilité du dirigeant, pour non-respect des statuts.

5.7 Les fusions et les scissions

5.7.1 Points communs

Fusion et scission sont deux opérations de restructuration très importantes pour une société, qui nécessitent une assemblée générale extraordinaire.

La **transmission universelle du patrimoine** (TUP) est une caractéristique fondamentale des opérations de fusion, de scission, mais des apports partiels d'actif. C'est la possibilité d'accueillir toute une série d'actifs qui pour certains sont soumis à des régimes juridiques très stricts (par exemple, on va traiter un avion, un bateau, un fonds de commerce de façon équivalente dans le cadre d'une TUP, bien qu'ils suivent des régimes juridiques radicalement différents). La TUP "rabote" donc tous les régimes spéciaux ! Tous les biens sont en principe transférés sans trop de formalisme, ce qui rend les opérations de fusion et de scission moins lourdes.

⚠ Tous les éléments du passif (dettes notamment) sont aussi transférés !

Il existe cependant quelques cas exceptionnels où la transmission universelle ne peut pas se faire, notamment pour les contrats de type *intuitu personnae* ("en considération de la personne"), comme le contrat de franchise, la concession exclusive... où le cocontractant peut ne pas apprécier le changement de partenaire.

5.7.2 La fusion

C'est le cas où une société en absorbe une autre. La société absorbée disparaît, tandis que la société absorbante reçoit (en principe) tout le patrimoine de l'absorbée, incluant biens, contrats et dettes (donc des passifs !). Les associés et actionnaires de la société absorbée deviennent associé et actionnaires de la société absorbante.

△ On peut se demander quelle est l'utilité d'une assemblée générale extraordinaire dans le cas d'une absorption de filiale détenue à 100% ...

La question de la responsabilité pénale liée aux passifs transférés est aussi épineuse. Peut-on transmettre cette responsabilité comme on transmet le passif ? Ce serait aller à l'encontre du principe de la **personnalité des peines** ... La société absorbante peut difficilement être poursuivie en justice pour des fautes pénales commise par la société absorbée.

△ Par contre, si la société absorbée a déjà été condamnée et a écopé d'une amende, cette amende est bien évidemment transférée à la société absorbante.

5.7.3 La scission et les apports partiels d'actif

Dans le cas de la scission, une société disparaît, se scinde et transmet son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés bénéficiaires, selon le principe de la transmission universelle du patrimoine.

Dans le cas des apports partiels d'actif, une société apporte à une autre société (nouvelle ou existante) une partie de ses éléments d'actif et de passif. La société qui apporte est dite "apporteuse" et celle qui reçoit est dite "bénéficiaire" de l'apport. Les mécanismes d'apport partiel peuvent être dangereux pour les créanciers, car il est possible d'apporter une activité avec un fort passif non encore déclaré ... en principe toutefois, il y a solidarité entre la société apporteuse et la société bénéficiaire. Mais cette solidarité peut être écartée, avec un délai d'opposition assez court pour le créancier ! L'apport partiel d'actif est assez "artificiel", dans la mesure où la société apporteuse continue à exister après l'opération.

5.8 La dissolution de la société

5.8.1 Cas de dissolution

La dissolution correspond à la fin de la société. Or une société peut disparaître pour différentes raisons, qui sont listées dans l'**Art. 1844-7 C. Civ.** :

- terme de la société (la durée, souvent de 99 ans précisée dans les statuts est révolue)
- les associés décident que la société prend fin (ils n'ont plus d'intérêt à la faire fonctionner ...)
- les associés s'entendent mal et le juge considère que leur mésentente paralyse le fonctionnement de la société (ce qui constitue un juste motif de dissolution)
- la société est absorbée par une autre société dans le cadre d'une fusion
- ...

5.8.2 La liquidation

La société a un patrimoine, c'est-à-dire qu'elle possède un actif et un passif : des biens, des contrats, des engagements, des salariés et éventuellement des dettes ... tout ne peut donc disparaître instantanément ! Il faut procéder à une **liquidation** de ce patrimoine.

△ A noter que quand une société est dissoute, sa personnalité juridique survit pour les besoins de la liquidation.

Pendant la liquidation, les dirigeants ne gèrent plus la société. La gestion revient à un ou des liquidateurs. Ces liquidateurs doivent :

- "réaliser" l'actif, c'est-à-dire vendre les biens de la société pour les "transformer" en "numéraire".
- payer progressivement les créanciers de la société
- mettre fin aux différents contrats
- clôturer enfin la liquidation en s'assurant qu'il n'y a plus de dettes
- s'il reste de l'argent à la fin de la liquidation, restituer aux associés le montant restant dans les proportions de leurs apports
- et s'il reste encore de l'argent après cela (en l'occurrence, ils'agit de bénéfices non distribués), on reverse tout aux associés sous la forme de **boni de liquidation**

△ Il ne faut pas confondre liquidation judiciaire ("faillite") et liquidation en droit des sociétés. Une société dissoute ou en liquidation au sens du droit des sociétés n'a pas forcément de difficultés, elle prend juste fin. En revanche, on peut s'apercevoir au moment de la liquidation que la société n'a pas de quoi rembourser tous ses créanciers, et dans ce cas, on bascule effectivement dans la **liquidation judiciaire**.

5.8.3 Cas particuliers

Une société peut être dissoute sans liquidation dans deux cas :

- en cas de fusion car alors on a une TUP à la société absorbante
- en cas de dissolution d'une société unipersonnelle. Ce cas est détaillé dans l'**Art. 1844-5 C. Civ.**, et se divise en deux sous-cas :
 - soit l'associé unique est une personne physique, et alors on a une liquidation selon le droit commun
 - soit l'associé unique est une personne morale¹⁸, et alors on peut liquider, mais le législateur permet aussi une TUP comme dans le cas de la fusion. Le passif et l'actif de la société remontent alors vers l'associé unique personne morale. Le créancier dispose d'un droit d'opposition que lui permet d'obtenir du juge une protection particulière : sûreté bancaire, cautionnement demandé à la société etc.

18. cela peut arriver dans le cas où une société détient 100% des parts ou actions d'une autre société

6 Les cessions de droits sociaux, les pactes d'actionnaires, les groupes de sociétés

6.1 Le pacte d'actionnaires

6.1.1 Différents types de pacte

Les textes ne parlent quasiment pas des pactes d'actionnaires, ne le Code Civil ni le Code de Commerce.

Un pacte d'actionnaires, c'est une convention passée entre tous ou une partie des actionnaires ou associés¹⁹ Les actionnaires décident donc de prendre des engagements sous la forme de clauses, dont on peut repérer deux types :

- les clauses relatives à la direction : un groupe d'actionnaire représentant une fraction significative du capital de la société se met d'accord pour voter à l'assemblée pour la désignation de tel ou tel dirigeant ou administrateur
- les clauses relatives à l'encadrement de la détention des parts ou actions : les actionnaires décident sous quelles conditions céder on ne pas céder leurs titres. Par exemple, on peut s'engager à ne pas céder ses actions pendant un certain temps, ou bien à les céder en priorité à un autre actionnaire ayant signé le pacte

6.1.2 Avantages et inconvénients du pacte d'actionnaires

Un avantage évident est celui de la confidentialité, en effet les clauses d'un pacte d'actionnaires ne sont pas inscrites dans les statuts de la société, elles peuvent être gardées secrètes.

⚠ Cela dit, il arrive que dans les sociétés cotées il faille obligatoirement révéler les pactes.

Néanmoins, les pactes sont de plus en plus complexes et donc difficiles à interpréter sur le plan de leurs conséquences financières : cessions, droits préférentiels, droit à avoir tel type d'investissement, droit de sortir sous certaines conditions... Parfois, les résultats sur le papier ne coïncident pas avec la volonté des actionnaires. Des "navettes" entre les différents actionnaires pour se mettre d'accord sont fréquentes.

Un second inconvénient est celui de l'exécution du pacte. En effet, les pactes d'actionnaires prévoient souvent des engagements dont il est difficile d'obtenir une exécution efficace devant le juge. Par exemple, dans le cas d'un pacte de vote, si un sous-groupe de "pactisants" décide de ne pas suivre la consigne et qu'il en résulte un vote contraire à la volonté du pacte, cela ne constitue pas en général une cause de nullité du vote. Tout ce que l'on peut faire, c'est une action en responsabilité.

6.2 Les cessions de parts ou d'actions

6.2.1 Définition

La cession de parts ou d'actions est une opération qui intervient souvent en pratique : un associé ou un actionnaire choisit de céder ses droits sociaux, c'est-à-dire ses parts ou actions dans la société.

6.2.2 Problèmes juridiques posés par la cession

Certains problèmes juridiques sont posés par l'opération de cession de titres. En effet, il n'existe pas de réglementation précise quant à cette opération, qui est appréhendée comme une vente du Code Civil.

19. A noter que les pactes d'actionnaires sont plus fréquents dans les sociétés par actions.

Autrement dit, celui qui achète les titres d'une société dispose des garanties données par le Code Civil :

- garantie d'éviction
- garantie des vices cachés
- ...

△ Le problème est que ces garanties ne sont pas vraiment adaptées à l'opération de cession. En effet, quand on achète des parts ou des actions d'une société, on achète en fait des droits de créance contre une personne morale, qui s'avère être la société ; on achète donc pas directement les biens de la société. Par exemple, si on achète des parts d'une SCI, on n'aura pas les mêmes garanties que si on achète directement l'immeuble !

On constate donc ici une insuffisance des garanties légales. En réponse à cela, les cessions concernant l'ensemble ou une très grande majorité des actions de l'entreprise font en fait l'objet de deux contrats différents :

- un contrat de cession relativement succinct
- un contrat de garantie plus conséquent

Notamment, les garanties du passif sont non-automatiques : elles peuvent être ajoutées dans un contrat mais elles ne sont nullement obligatoires. Par défaut donc, on ne dispose que des garanties légales, qui sont assez faibles. Du coup, on peut aller chercher du côté des vices du consentement, en particulier l'erreur et la réticence dolosive²⁰.

6.2.3 Clauses particulières

On rencontre ainsi un certain nombre de clauses particulières dans le droit des sociétés, qui concernent la manière dont la société appréhende la vente. Ces clauses prévues par les statuts ou par la loi, encadrent les cessions de titres. On en compte trois principales :

- les **clauses d'agrément** qui stipulent que pour céder des parts ou actions de la société, il faut l'accord d'un des organes de la société. En cas de désaccord de cet organe, l'associé désirant céder ses titres a le droit de se les voir racheter ses droits sociaux par la société, ou par un autre actionnaire, à un prix dont il faut convenir²¹
- les **clauses de préemption** qui stipulent que quelqu'un (un autre actionnaire le plus souvent) va bénéficier d'un droit de rachat prioritaire des titres. Cette clause peut figurer dans les statuts ou comme on l'a vu plus haut, dans les pactes d'actionnaires
- les **clauses de sortie conjointe** (*drag along, tag along*), qui stipulent que si un acheteur potentiel fait une offre d'achat de 100% des actions de la société, et si cette offre est acceptée par les fondateurs (ou des associés détenant une portion au moins majoritaire des actions de la société), alors les minoritaires cèdent leurs actions au candidat acquéreur, dans les mêmes conditions, notamment de prix, que celle proposée dans son offre. Cette égalité des prix de cession constitue la clause de *tag along*.
- les **clauses d'inaliénabilité** qui interdisent, pour un motif sérieux et légitime, à un ou plusieurs associés de transmettre leurs actions ou leurs parts sociales, pendant une durée limitée dans le temps (10 ans maximum).
- les **clauses d'exclusion** qui impliquent la cession forcée des droits sociaux si un élément déterminé vient à survenir

20. quand un élément essentiel concernant la société a été omis sciemment

21. question de l'évaluation par un expert...

A cela on pourrait rajouter les clause de *bad leaver* et *good leaver*. Si un associé fait l'objet d'une clause d'exclusion, il peut alors céder ses parts ou action en tant que *bad leaver*, c'est-à-dire à la valeur nominale des titres (qui peut être bien inférieure à la valeur réelle!). Si on est dans le cas d'une cession non forcée, on a par défaut la clause de *good leaver*, et l'associé peut céder ses titres à leur valeur réelle.

6.3 Les cessions de parts ou d'action en pratique

6.3.1 Pour les sociétés par actions

La cession des titres se fait sur le principe du **volontarisme** : il y a transfert de propriété dès qu'il y a accord de volonté entre les parties. La détention ou le paiement du prix ne sont pas des conditions quant au transfert de propriété du bien.

En France depuis 1981, les actions et parts sociales sont dématérialisées, et sont représentées par une inscription en compte. Quand une action est immatriculée, elle entre dans le **registre des mouvements de titres** (RMT), qui constituent un historique de la répartition du capital. Il faut aussi faire un **compte individuel d'actionnaire** (CIA), un document qui pour chaque actionnaire de la société, détaille le nombre d'actions détenues. Ces deux documents prouvent la propriété de l'action.

Le consentement pour la cession des titres est donné par l'ordre de mouvement de titre entre l'acquéreur et le vendeur. Il s'accompagne d'un formulaire Cerfa, qui est un imprimé fiscal. Ces deux documents sont nécessaires pour prouver le transfert de propriété des titres.

△ Bien entendu, il faut aussi modifier le RMT et le CIA en cas de cession !

En pratique, quand on a une opération, on attend que la société vendeuse envoie un message disant que l'argent a bien été reçu. Ensuite et seulement ensuite, les documents peuvent être changés. Le principe de libre cessibilité ne rend pas nécessaire la modification des statuts.

6.3.2 Pour les sociétés à parts sociales

Pour les SàRL, SNC ou SC, le transfert des parts sociales implique une modification des statuts. En effet, la propriété des titres apparaît dans les statuts de la société à parts sociales. L'organe compétent est l'assemblée générale des associés. Il n'y a pas de principe de libre cessibilité.

6.3.3 Types d'actions

On distingue deux types d'actions :

- les actions **au porteur** : la comptabilité est tenue par un intermédiaire professionnel habilité (Société Générale, BNP Security Services ...). S'applique souvent aux sociétés cotées, pour lesquelles les titres sont en mouvement incessant, ce qui nécessite un traitement informatique.
- les actions **au nominatif** : le compte titre de la société est tenu par la société elle-même. Cela coûte moins cher et la société peut ainsi mieux connaître son actionnariat. S'applique souvent aux sociétés non cotées.

△ Souvent d'ailleurs, les sociétés de gestion des titres sont aussi celle qui organisent et convoquent les actionnaires à l'assemblée générale.

△ Le problème du traitement automatisé des titres est celui des sociétés écran, immatriculées au Caïmans, où l'actionnaire n'a pas à donner son identité...

6.4 L'expertise sur le prix

6.4.1 Principe

Voilà une question relative aux cessions de parts ou d'actions que nous avons évoquées plus haut : la détermination du prix de cession par voie d'expert. Cette expertise peut être demandée selon deux modes :

- par les parties, par voie purement contractuelle (et volontaire), en se référant à l'**Art. 1592 C. Civ.**
- en se référant à l'**Art. 1843-4 C. Civ.**

Nous allons maintenant voir que le second mode est plus problématique. L'Art. 1843-4 C. Civ. nous dit en effet :

"I. - Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.

L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties.

II.-Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa.

L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties."

Un expert doit donc intervenir pour dire comment valoriser les parts ou actions considérées pour la cession. Initialement, ce texte existait pour débloquer des situations dans des hypothèses simples :

- cas de la clause d'exclusion : cession forcée des titres ... faut-il laisser à l'associé exclu un premium pour compenser le caractère forcée de la cession ? Faut-il au contraire le "punir" (il est bien exclu pour une raison !) et valoriser ses titres à leur prix d'achat initial ?
- cas du refus d'agrément (clause d'agrément) : l'organe compétent à refusé la cession des titres à la personne visée initialement ... la société ou un tiers "agréé" doit donc racheter les titres, mais à quel prix ?

Or, c'est la jurisprudence qui a rendu ce texte problématique.

6.4.2 Rôle de la jurisprudence

Le problème de l'Art. 1843-4 C. Civ. vient en effet de l'application de ce texte par la jurisprudence. A partir de 2007-2008, la Cour de Cassation a commencé à refuser que les parties disent à l'expert quelle méthode de valorisation utiliser, que se soit au moment de la saisine, ou sur la base des statuts ou éventuels pactes d'actionnaires.

Par conséquent, l'expert peut évaluer plus librement le prix, de manière à ce que celui-ci soit déterminé de la façon la plus juste possible.

Or, dans beaucoup de sociétés fermées, il existe des formules de détermination du prix des titres, et celles-ci se retrouvent invalidées en cas de décision d'expert.

⚠ Pour rappel, l'expert n'est pas ici un expert au sens judiciaire, qui fait son rapport devant le juge sans jamais être sûr que le juge lui emboîte le pas. Ici bien au contraire, l'expert donne un avis qui s'impose aux parties, sauf **erreur grossière** de sa part ! Sa décision est donc cruciale.

⚠ Tant que la cession n'est pas faite, l'une des parties peut contester et saisir l'expert qui donne un prix sans être tenu : il peut suivre la méthode des parties s'il la trouve adéquate !

On perd donc beaucoup en prévisibilité, les clauses de valorisation ne servent plus à grand chose, dans la mesure où l'expert n'en tient pas forcément compte. Notons que cette jurisprudence s'applique aux clauses statutaires, mais aussi aux clauses présentes dans les pactes d'actionnaires, et même dans les accords de type "promesse".

6.5 Les garanties de passif et les clauses de complément de prix

Ces clauses intéressent une fois encore les cessions de parts ou d'actions d'une société.

6.5.1 Les garanties de passif

Rien ou quasiment rien dans les textes sur les garanties de passif. En cas de cessions de parts ou d'actions, le cessionnaire (c'est-à-dire l'acquéreur) peut vouloir se garantir, et demander en plus des garanties légales par défaut, des garanties contractuelles.

Par exemple, si une dette ayant une origine antérieure à la cession apparaît après la cession, le cédant doit garantir au cessionnaire. Il doit alors verser une certaine somme à la société cédée pour éteindre la dette, ou bien verser la somme directement à l'acquéreur pour compenser la perte de valeur des titres cédés.

En pratique, les garanties contractuelles sont très variées. Elles sont stipulées par les parties à une cession, avec des discussions souvent assez longues sur la formulation et l'étendue de la garantie. On peut scinder les garanties de passif en deux groupes :

- les garanties de reconstitution du patrimoine, qui sont des garanties sur l'actif et le passif de la société cédée. C'est le cas vu dans l'exemple précédent : si un passif apparaît et trouve son origine à l'époque précédant la cession, le cédant s'engage à garantir le passif, et, sans limite aucune, doit tout réparer.

⚠ On verse la réparation dans le patrimoine de la société et non au cessionnaire lui-même !

Il s'agit d'un modèle très radical et risqué pour le cédant.

- les révisions du prix payé par le cessionnaire (parfois jusqu'à 0 !). Ces clauses sont moins violentes, et plus supportables pour le débiteur.

⚠ Les avocats et notaires combinent en pratique ces deux catégories de garantie ! On peut ainsi trouver des reconstitutions avec plafond, des franchises, ou l'exclusion de certains passifs (notamment, les passifs dont l'acquéreur a ou aurait du avoir connaissance). Tout cela rend l'opposition entre les deux types moins radicale.

6.5.2 Les clauses de complément de prix

Ce sont des clauses assez proches de garanties de passif, aussi appelées clauses d'*earn-out*.

Typiquement, le cédant vend sa société à un prix déterminé et relativement bas, et si au cours d'une certaine période après la cession (par exemple, deux exercices), la société réalise des résultats dépassant un certain seuil, ce cédant a droit à un complément de prix.

⚠ Le problème avec ces clauses, c'est qu'il devient tentant pour celui qui achète les parts de ralentir un peu l'activité de la société sur la période d'application de la clause de complément de prix, ceci afin de

nepas payer de complément au cédant ! Voilà pourquoi dans les faits, les clauses d'*earn-out* génèrent un contentieux important ! Néanmoins, ce genre de clause se développe de plus en plus en Europe.

Il existe aussi une difficulté pratique avec ce genre de clauses : il faut s'entendre sur la notion de résultat et sur la manière de le réaliser.

Bien souvent, quand une PME est absorbée par un grand groupe, le grand groupe commence à lui appliquer ses propres méthodes comptables, afin de tout normaliser, et les résultats de l'ex-PME peuvent changer sensiblement, même si ceux-ci étaient calculés de façon tout à fait honnête avant le rachat ! Ainsi, une PME dynamique avant un rachat peut l'être beaucoup moins dès qu'elle rentre dans le giron d'un grand groupe !

Enfin, les contentieux peuvent être dus à la complexité technique inhérente aux clauses d'*earn-out*, qui sont souvent très sophistiquées ... Souvent, la clause comprend une échelle de résultats et de compléments de prix associés, mais le cédant ne pige pas toujours bien ce que cela implique !

Toutefois, les clauses d'*earn-out* demeurent une bonne chose, notamment pendant les périodes de dépression économique, car même si à un moment donné la valorisation économique d'une société est faible, il y a une possibilité d'anticiper sur un futur que l'on espère meilleur ...

6.6 Les groupes de sociétés

6.6.1 Un espace économique intégré ...

La question des groupes de sociétés n'est pas envisagée de manière certaine et complète dans les textes. Un **groupe de sociétés**, dans le cas le plus simple, c'est une société dite **filiale** qui est contrôlée par une autre société dite **société mère**.

On a donc une société globale (le groupe), fractionnée entre plusieurs sociétés qui sont chacune une personne morale avec un patrimoine propre et des intérêts propres. Un groupe de société permet ainsi de cloisonner les passifs, en faisant exercer telle activité jugée risquée par telle filiale du groupe, de telle sorte qu'en cas de problème, les créanciers ne pourront obtenir le paiement de leur créance qu'auprès de la filiale. On évite la "remontée" du passif au niveau de la société mère.

6.6.2 ... mais qui ne l'est pas juridiquement

Le groupe est un espace économique intégré, mais l'intégration économique ne se retrouve pas sur le terrain juridique, où les diverses entités sont autonomes.

Il n'existe pas e véritable droit des groupes ... mais au fond cela n'est peut-être pas si mal (compte tenu des résultats assez mitigés des essais à l'étranger). Au reste, on constate que chaque branche du droit en est venue à corriger par elle-même les excès qui s'attachaient à cette indépendance.

En matière d'information des actionnaires par exemple, on ne peut donner une information satisfaisante en ne fournissant les résultats que d'une seule société du groupe. Il suffit de penser au cas d'une société flambante qui nage dans un foyer de pertes ... Il a donc bien fallu admettre d'élargir le droit d'information à l'ensemble du groupe.

Pour ce qui est du droit du travail, les salariés de filiales différentes et membres d'un même groupe sont encore traités différemment. Le droit du travail s'y est résolu. Mais jusqu'à un certain point, car il existe bien des comités de groupe, qui justement ont pour rôle d'incarner la collectivité des salariés. De plus, le reclassement des salariés d'une entité en difficulté dans les filiales du groupe est facilité.

Concernant les filiales en difficulté justement, il est autorisé qu'une société s'immisce dans la vie d'une

autre, pour prendre en quelque sorte les commandes ... mais attention à la **théorie de la confusion de patrimoine**, qui peut dans certain cas valoir des sanctions.

Enfin, la dimension pénale. Il arrive que des dirigeants de groupe soient poursuivis parce que l'une des filiales du groupe avait été ponctionnée au profit d'une autre, déficitaire en trésorerie. Cependant, depuis l'**Arrêt de la Cour criminelle de la Cour de Cassation du 04/02/1985 ("Rozenblum")**, on admet qu'il puisse exister un "intérêt de groupe" qui soit à même de justifier des transferts de trésorerie d'une filiale à une autre, dès lors que la société ponctionnée bénéficie de contreparties. L'intérêt de groupe dépasse alors l'intérêt social de chacune des entités. Des sociétés d'un même groupe, juridiquement distinctes, autonomes, agissent alors dans un intérêt commun – celui du groupe – ce qui peut pousser certaines de ces sociétés à agir contre leur intérêt particulier. C'est sans doute là l'avancée la plus spectaculaire dans le "droit des groupes".

⚠ Il ne s'agit pas non plus de refabriquer une unité juridique qui soit comme le pendant de l'unité économique. Il ne s'agit que d'exceptions à un principe d'indépendance. En principe en effet, une société d'un groupe ne peut utiliser sa trésorerie pour financer d'autres sociétés du groupe, car cela revient à suivre l'intérêt d'un tiers.

Du reste, les grands groupes ont en partie contourné le risque de poursuites en transformant leur SA filiales et SAS, et même et SASU. En effet, quand on n'a plus de minoritaire, plus personne n'est en mesure de dénoncer la situation ! Le problème vient du fait que la filiale est une société indépendante avec son intérêt propre, qui peut être distinct de l'intérêt de la société mère.