

# à la une

Département Fusions / Acquisitions / Droit des Sociétés

## PANORAMA JURISPRUDENCE CORPORATE 2010

QUELQUES ARRETS OU DECISIONS AYANT MARQUE LE DROIT DES SOCIETES EN 2010

### 1/ GENERALITES

#### REMBOURSEMENT D'UN COMPTE-COURANT D'ASSOCIE

A défaut d'avoir mis par écrit les conditions dans lesquelles un associé pouvait faire des apports en compte-courant et les modalités de remboursement de telles avances, celui-ci est en droit de demander remboursement de l'intégralité des sommes et ce à tout moment.

Classiquement, il était considéré qu'une société n'avait pas à déférer à une demande de remboursement intégral d'un associé, dès lors que la situation de trésorerie ne le permettait pas. C'est ainsi qu'en avait décidé la Cour d'Appel de Montpellier dans un arrêt du 16 décembre 2008.

La Cour de Cassation, Chambre Commerciale, dans un arrêt du 8 décembre 2009 a, à l'inverse, considéré que la situation de trésorerie de la société ne pouvait être opposée à la demande de remboursement intégral d'un associé, sauf convention contraire.

La société peut seulement demander judiciairement des délais de paiement sur la base de l'article 1244-1 du Code Civil.

**Recommandation** : on ne saurait être trop prévoyant en rédigeant une convention de compte-courant avec un associé prêteur. Cette convention peut valablement prévoir, outre le taux de rémunération de l'avance, le blocage des sommes pendant une période déterminée. **Elle peut également conditionner le remboursement, même partiel, des avances en compte-courant à la situation de la société et de sa trésorerie.**

#### VALIDITE DES CONVENTIONS DE PRESTATIONS DE DIRECTION

Dans les groupes de sociétés, il est d'usage de conclure des conventions de prestations portant sur différents domaines et notamment des « prestations de direction ». Dans certaines circonstances, la validité de telles conventions est susceptible d'être remise en cause.

Ainsi dans un arrêt du 14 septembre 2010, la Cour de Cassation, Chambre Commerciale, a-t-elle considéré comme nulle une convention de prestations portant sur l' « action commerciale, gestion industrielle, gestion des ressources humaines, gestion administrative et financière, stratégie générale et prestations de direction ».

La Cour de Cassation a considéré comme nulle cette convention comme dépourvue de cause : la société en question étant déjà pourvue d'un directeur général, elle n'avait pas à payer pour des prestations de direction. Elle a en outre indiqué que la rémunération du directeur général d'une société anonyme est déterminée par le conseil d'administration et qu'elle ne peut être fixée par une convention conclue avec un tiers.

Les conséquences d'une nullité de l'acte sont assez radicales puisque la nullité a pour effet de remettre les parties dans l'état préalable au contrat. Ce qui signifie le remboursement par le prestataire de toutes les sommes versées par le bénéficiaire.

Cette décision de la Cour de cassation est à rapprocher d'une décision en matière fiscale rendue par la Cour Administrative d'Appel de Nancy le 9

octobre 2003. Dans un contexte similaire, les magistrats avaient considéré que la société mère n'avait « fourni aucune prestation de services distincte des activités que M. XX a déployées dans le cadre normal de ses fonctions de président directeur général ». Dès lors, les versements effectués par la filiale ne relevant pas d'une gestion normale de l'entreprise, ils ne pouvaient être considérés comme une charge fiscalement déductible pour la filiale.

**Recommandation** : pour tenir compte de l'incidence de cette jurisprudence, il paraît opportun de bien définir l'objet de la convention. Si elle a pour objet la réalisation de prestations de direction qui doivent normalement être assumées par le dirigeant de la société, la convention fait 'double emploi' et se trouve dépourvue de cause selon cette jurisprudence. A l'inverse, si les prestations ont pour objet des services d'assistance à la direction -et non des prestations de direction-, la convention serait valable.

Dans les SAS, il est possible de nommer une personne morale en qualité de président ou de directeur général ; ainsi, la société mère peut être désignée en qualité de président et la rémunération souhaitée versée à ce titre, dans la limite d'un acte normal de gestion et sous réserve de suivre la procédure des conventions dites règlementées.

#### EVALUATION DE DROITS SOCIAUX PAR L'EXPERT DE L'ARTICLE 1843-4 DU CODE CIVIL

Dans le cadre d'une cession de titres sociaux, les parties ont la possibilité, à défaut de fixer elles-mêmes le prix de cession, de renvoyer soit à l'expert de l'article 1843-4 du Code Civil soit au tiers estimateur de l'article 1592 du même code.

Le risque lié au tiers estimateur de l'article 1592 (quel que soit son mode de désignation) est qu'à défaut pour ce tiers de fixer le prix de cession malgré les indications des parties, il n'y a pas vente pour cause d'absence de prix.

Le recours à l'expert de l'article 1843-4 n'est pas pour autant plus sûr pour les parties. En effet, confirmant une jurisprudence assez largement fixée en 2009, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 16 février 2010, a indiqué qu'il résulte des termes mêmes des dispositions de l'article 1843-4 qu'il appartient à l'expert de déterminer lui-même la valeur des droits sociaux litigieux, selon les critères qu'il juge appropriés à l'espèce, sans être lié par une convention ou les directives des parties. Ainsi même si les parties ont prévu une formule mathématique ou des critères à retenir, voire même un prix plafond, le tiers expert de l'article 1843-4 n'est lié par aucune de ces directives.

**Recommandation** : si les parties veulent pouvoir donner des indications précises sur la méthode et les éléments à prendre en compte pour évaluer des titres sociaux, elles doivent prévoir que le tiers estimateur est désigné conformément à l'article 1592 du Code Civil, avec le risque associé à un tel article comme indiqué ci-avant.

Cette problématique ne se pose que dans une moindre mesure dans la SAS puisque l'article L 227-18 du Code de commerce autorise les statuts de SAS à fixer les modalités du prix de cession en cas de clause d'agrément, d'exclusion/retrait ou de changement de contrôle de l'associé. Ce n'est cumulativement qu'à défaut de stipulations statutaires et d'accord des parties sur le prix, qu'il est renvoyé à l'expert de l'article 1843-4.

## 2/ CONCERNANT LA S.A.S.

### **MENTION AU RCS DES ORGANES DE LA SAS**

Conformément à l'article L.227-6 du Code de commerce, la société par actions simplifiée (SAS) est représentée à l'égard des tiers par son président, lequel est investi des « pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social ». Toujours selon cet article, les statuts de la SAS peuvent prévoir que les pouvoirs de représentation soient accordés à d'autres personnes portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué.

Les associés ont cependant la liberté d'instituer dans les statuts de la SAS des organes collégiaux internes et d'en définir les compétences. Ces organes, aux pouvoirs plus ou moins étendus, peuvent prendre différentes dénominations : conseil d'administration, comité de direction, organe de surveillance...

Bien que les pouvoirs de tels organes soient internes et ne s'étendent pas à la représentation de la SAS à l'égard des tiers, la question est de savoir si l'identité de leurs membres doit figurer sur l'extrait k-bis de la SAS.

Ainsi, la Cour d'Appel de PARIS dans un arrêt du 18 mai 2010 confirmant une décision de première instance a indiqué, sur le fondement de l'article R 123-54 du Code de commerce, que « *dès lors qu'elles se dotent d'un directoire et/ou d'un conseil de surveillance, les SAS doivent révéler au registre du commerce et des sociétés les présidents et membres de ces organes, quels que soient leurs pouvoirs aux termes des statuts* ».

La Chancellerie a confirmé cette position dans une réponse ministérielle (Rép. Du Luart : JO Sénat 9/09/2010). Elle se base sur l'article R.123-54 qui prescrit la publicité au RCS de l'identité et les coordonnées des administrateurs, président du conseil d'administration, président du conseil de surveillance, et membres du conseil de surveillance. Elle considère que cet article n'opère aucune distinction selon que la société est dotée d'un conseil d'administration ou de surveillance en application de dispositions légales (comme c'est le cas pour les sociétés anonymes) ou en application de clauses statutaires (comme pour les SAS).

Doivent en conséquence figurer sur l'extrait k-bis des SAS, outre le président, les directeurs généraux ou directeurs délégués généraux, l'identité des membres des conseils d'administration, directoires ou conseils de surveillance institués par les statuts de la SAS. Et ce du seul fait du libellé des organes, indépendamment des pouvoirs statutaires qui leur sont attribués.

En outre, la nomination, le remplacement ou la démission d'un membre de tels organes doit faire l'objet d'une publicité dans un journal d'annonces légales.

A noter que le greffe du Tribunal de Commerce de Paris va encore plus loin. En effet doit également être révélée sur l'extrait k-bis l'identité des membres de tous organes ayant des pouvoirs similaires à un conseil d'administration, un directoire voire même un conseil de surveillance de société anonyme. Ainsi dès lors qu'un organe doit par exemple donner un accord préalable à une opération (arrêté des comptes, octroi de caution), l'identité de ses membres devrait figurer sur le k-bis selon le greffe du TC de Paris.

### **LE POUVOIR DE LICENCIER AU SEIN DE LA S.A.S.**

La Chancellerie, dans sa réponse ministérielle Du Luart (cf. infra) a également mis un terme aux errements de certaines cours d'appel concernant le pouvoir de licencier dans les SAS.

Certains magistrats avaient considéré comme nul le licenciement notifié par une personne disposant certes d'une délégation de pouvoirs mais dont l'identité ne figurait pas sur l'extrait k-bis de la société. Les magistrats avaient sanctionné le licenciement pour défaut de pouvoir du signataire (CA PARIS arrêts du 3 et 10 décembre 2009).

La Cour d'Appel de Paris avait notamment considéré qu'à défaut (i) de stipulations statutaires sur les délégations de pouvoirs et (ii) à défaut de mention sur l'extrait k-bis de la société, seul le président dispose du pouvoir d'agir au nom de la société et donc du pouvoir de licencier.

Cette jurisprudence faisait un malencontreux amalgame entre le pouvoir général de représentation de la société (président, directeur général, directeur général délégué) et les délégations de pouvoirs par définition spécifiques ou fonctionnelles. Les magistrats durcissaient considérablement les conditions de validité du système de délégations et subdélégations nécessaires au bon fonctionnement d'une entreprise.

Le Ministre de la Justice, dans sa réponse Rép. Du Luart (cf. infra), opère une distinction entre les règles gouvernant la représentation légale de la société et celles relatives aux délégations de pouvoir spéciales ou fonctionnelles. Il rappelle que seules doivent être mentionnées sur le RCS les personnes ayant le pouvoir d'engager « à titre habituel » la SAS. A contrario, les « *délégations fonctionnelles, qui ne concernent pas le pouvoir d'engager à titre habituel la société mais portent sur un objet déterminé, n'ont pas à faire l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés [...]* ».

La Cour de Cassation, en formation mixte, a repris dans un arrêt du 19 novembre 2010, une position conforme à celle de la Chancellerie.

**Recommandation** : bien qu'une délégation de pouvoirs puisse être orale ou se déduire des fonctions du préposé, le dirigeant prudent prendra soin de coucher cette délégation par écrit afin de s'en ménager la preuve.

## 3/ CONCERNANT LA S.A.R.L.

### **LE GERANT-ASSOCIE PEUT PRENDRE PART AU VOTE DES DELIBERATIONS TOUCHANT SA REMUNERATION**

La Cour de cassation, Chambre Commerciale, dans un arrêt du 4 mai 2010, a considéré que la détermination de la rémunération du dirigeant ne constituait pas une convention réglementée. Cette position semble logique mais c'est la première fois que la haute juridiction se prononce sur ce point.

Cette précision est importante. En effet les conventions intervenues directement ou indirectement entre la société et son gérant sont, sauf celles purement et simplement interdites par la loi ou celles conclues à titre habituel à des conditions de marché, soumises à une procédure de contrôle par les associés. En vertu de l'article L.223-19 du Code de commerce, l'associé intéressé ne prend pas part au vote : en conséquence, le gérant associé ne pouvait prendre part à une décision dont le résultat l'intéressait.

Par cette précision, la Cour de Cassation induit que le gérant associé peut prendre part à la décision concernant sa rémunération. Le gérant majoritaire ne reste donc pas tributaire du bon vouloir des associés minoritaires. Bien entendu, ces derniers peuvent toujours contester une rémunération sur le fondement de l'abus de majorité. Deuxième conséquence de cette décision, la rémunération du gérant n'a pas à faire l'objet d'un rapport spécial du gérant ou du Commissaire aux Comptes établi au moment de l'approbation des comptes.

On peut s'interroger sur la transposition de cet arrêt aux sociétés par actions simplifiées où la rémunération est considérée comme de nature purement contractuelle (donc soumise au contrôle des associés).

## 4/ CONCERNANT LA S.A.

### **INOPPOSABILITE A UNE SOCIETE ANONYME D'UN CAUTIONNEMENT NON AUTORISE PAR SON CONSEIL D'ADMINISTRATION**

La Cour de Cassation, Chambre Commerciale, a rappelé dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2009 que, conformément à l'article L225-35 du Code de commerce, les cautions, avals et garanties donnés par une société anonyme doivent être préalablement autorisés par le conseil d'administration pour être opposable à la société anonyme.

Dans les faits de l'espèce, une société anonyme s'était engagée lors de la prise de contrôle d'une filiale à se substituer à la société cédante pour son engagement de caution. Cet engagement de caution n'avait pas fait l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration de la société anonyme acquéreur. Suite à la liquidation judiciaire de la filiale dont les titres ont été acquis, la société anonyme avait été appelée en garantie.

Faisant une application stricte du texte précité, la Cour de cassation rejette la demande faite à l'encontre de la société anonyme, la reprise de caution lui étant inopposable pour défaut d'autorisation préalable du conseil d'administration.

**Recommandation** : les créanciers d'une société anonyme se montreront d'une façon générale très prudents à l'égard des cautions et garanties qui doivent être accordées par la société anonyme en requérant la copie du procès-verbal du conseil d'administration ayant préalablement autorisé leur octroi.

\*

\*

\*

#### **PDGB Société d'Avocats**

174, avenue Victor Hugo  
75116 Paris

Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21  
[www.pdgb.com](http://www.pdgb.com)

Raymond POUGET - Christophe VANNOOTE  
Roy ARAKELIAN - Charlotte JACOB-RIBERPREY  
Madia ILIOPOULOU - Jessica DILLON  
Annick LEVY - Gilles DARNAUDAT  
Thomas DELANNOY