

à la une

Département Fusions - Acquisitions / Droit des Sociétés

PANORAMA JURISPRUDENCE CORPORATE 2011

QUELQUES ARRETS AYANT MARQUE LE DROIT DES SOCIETES

1/ GENERALITES**REMBOURSEMENT D'UN COMPTE COURANT D'ASSOCIE**

La Cour de cassation (C. Cass., Ch. Comm., arrêt du 10 mai 2011) a réaffirmé le principe bien établi selon lequel, **à défaut d'avoir prévu contractuellement les modalités de remboursement d'un compte courant d'associé, la société est tenue de rembourser le solde en intégralité à première demande de l'associé.**

Ce principe énoncé pour la première par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 juin 1997 a été rappelé et précisé.

La situation de trésorerie de la société ne permet pas de faire échec à un remboursement (C. Cass., Ch. Comm., arrêt du 8 décembre 2009).

L'article 1900 du Code civil prévoyant que, s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution d'un prêt, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances, n'est pas applicable au compte courant d'associé (C. Cass., Ch. Comm., arrêt du 10 mai 2011).

La société peut seulement demander judiciairement des délais de grâce sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil, en cas de difficultés financières.

Recommandation : on ne saurait être trop prévoyant en rédigeant une convention de compte courant avec un associé prêteur. Elle peut valablement prévoir que le remboursement est soumis à la condition que la trésorerie de la société permette ce remboursement.

MISE EN ŒUVRE D'UNE GARANTIE DE D'ACTIF ET/OU PASSIF : ATTENTION AUX TERMES UTILISES

Les termes d'une convention de garantie d'actif et de passif sont appréciés strictement et littéralement par les magistrats conformément au principe d'interprétation stricte des contrats.

Il a été jugé en 2010 qu'une garantie peut être actionnée même si l'acquéreur était informé au moment de la cession de la cause ou de l'origine de la diminution de l'actif ou de l'augmentation du passif. En effet, si la garantie de passif ne distingue pas selon que l'acquéreur avait ou non connaissance du risque (notamment dans le cadre de ses diligences), et dès lors que la cause ou l'origine du préjudice est antérieure à la cession, la garantie peut être mise en œuvre (C. Cass., Ch. Comm., 14 décembre 2010).

La Cour de cassation a jugé en 2011 qu'une garantie d'actif indiquant qu'en cas de « baisse de l'actif net au-dessous de la valeur ressortant du bilan » à arrêter postérieurement à la cession, ne peut être mise en œuvre lorsqu'une baisse de l'actif résulte de la comparaison avec la situation provisoire annexée à la garantie d'actif et de passif (C. Cass., Ch. Comm., 24 mai 2011).

Recommandation : on apportera un soin particulier à la rédaction d'une garantie d'actif et de passif.

L'étendue de la garantie de passif doit être claire et précise, afin d'éviter le risque d'être soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

SORT DES DELEGATIONS DE POUVOIRS

Les délégations de pouvoirs mises en place dans une société ne survivent pas à son absorption.

Pour conserver toute leur valeur aux délégations consenties, la société absorbante doit renouveler les délégations de pouvoirs accordées par le dirigeant de la société absorbée. A défaut les délégations deviennent caduques (C. Cass., Ch. Crim., 20 juillet 2011).

A l'inverse, la délégation de pouvoirs accordée par le dirigeant d'une société subsiste lorsque celui-ci vient à cesser ses fonctions, pour quelque raison que ce soit. La délégation de pouvoirs étant consentie au nom et pour le compte de la société, elle demeure valable malgré le changement de délégant, tant qu'elle n'est pas révoquée (C. Cass., Ch. Comm., 4 février 1997).

En principe, la transformation de la société n'entraînant pas la création d'une personne morale, n'a pas d'incidence sur les délégations de pouvoirs consenties par l'ancien dirigeant. Par exception, la transformation entraînant l'apparition d'un nouvel organe de direction et la disparition des pouvoirs de l'ancienne structure (par exemple la transformation d'une SA en SAS), rend caduque les délégations de pouvoirs.

Recommandation : préalablement aux opérations de TUP ou de fusion, il est nécessaire de faire un état des délégations de pouvoirs existantes afin de décider de leur réitération après l'opération.

RETRACTATION DU PROMETTANT DANS UNE PROMESSE UNILATERALE DE VENTE : IL FAUT PREVOIR UNE CLAUSE D'EXECUTION FORCEE

La rétractation du promettant avant la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente exclut toute rencontre de volonté, de sorte que la réalisation de la vente ne peut être ordonnée judiciairement. Ce principe est bien établi en matière immobilière et a été étendu par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, dans un arrêt du 13 septembre 2011 à une promesse unilatérale de vente d'actions.

La rétractation du promettant est fautive ; le promettant sera sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts au profit du bénéficiaire. Par contre, en l'absence de stipulations contractuelles, l'exécution forcée ne sera pas possible (C. Cass., 3^{ème} Civ., arrêt du 27 mars 2008).

Recommandation : il paraît nécessaire de prévoir les conséquences de la rétractation par le promettant, en indiquant dans la promesse unilatérale de vente que le bénéficiaire pourra demander l'exécution forcée de la cession, même en cas de rétraction pendant le délai d'option, par dérogation expresse aux dispositions de l'article 1142 du Code Civil qui n'est pas d'ordre public.

PACTE D'ACTIONNAIRES ET DROIT DU TRAVAIL

Il a déjà été jugé en 2009 que le non respect d'un pacte d'actionnaires peut avoir un impact sur la régularité d'un licenciement. Un pacte d'actionnaire peut prévoir, qu'en cas de licenciement de certains salariés de la société, le conseil de surveillance doit au préalable autoriser ce licenciement. L'inexécution d'une telle clause rend le licenciement de ces salariés sans cause réelle et sérieuse, qu'ils soient parties au pacte d'actionnaires ou non (C. Cass., Ch. Soc., 18 mars 2009).

Il a été jugé qu'une clause de non-concurrence à la charge d'un actionnaire également salarié signataire d'un pacte d'actionnaires n'est valable que si elle remplit les conditions cumulatives posées par la jurisprudence sociale : elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié, et prévoir une contrepartie financière au profit de ce dernier (C. Cass., Ch. Comm., 15 mars 2011).

Recommandation : lorsque des actionnaires sont également salariés, il est nécessaire de vérifier, pour les pactes en cours et ceux futurs, que la clause de non concurrence du pacte remplit toutes ces conditions.

2/ CONCERNANT LA S.A.

REVOCAION AD NUTUM DES ADMINISTRATEURS

Dans les SA, le président du conseil d'administration est révocable à tout moment sans que sa révocation ait besoin d'être fondée sur un juste motif. Toute convention de nature à empêcher sa révocation est illicite.

- **L'indemnité de révocation du P-DG, prévue dans une convention avec la société, qui par son ampleur, est susceptible de porter atteinte à l'équilibre financier de la société, et donc d'empêcher sa révocation, est illicite.** Le caractère dissuasif de la clause est apprécié par le juge au regard de la taille de la société et de sa situation financière. Dans cette espèce, l'indemnité s'élevait à deux années de rémunération correspondant à plus de la moitié du capital social et au montant de la perte déjà établie par la société (C. Cass., Ch. Comm., 15 novembre 2011).
- Un administrateur d'une SA peut également être révoqué à tout moment par l'assemblée générale, sans que la décision soit motivée. Lorsque la révocation est abusive, elle ouvre droit à réparation conformément à l'article 1382 du Code civil. Est considérée comme abusive la révocation ayant un caractère vexatoire et injurieux, ou portant atteinte à la réputation de la personne révoquée. De même la révocation doit respecter le principe du contradictoire et des droits de la défense (C. Cass., Ch. Comm., 3 janvier 1996 et 24 février 1998).
- Un administrateur, régulièrement convoqué, qui ne se rend pas à l'assemblée prononçant sa révocation alors même que la question n'était pas inscrite à l'ordre du jour, ne peut pas invoquer le non-respect des droits de la défense ; l'administrateur s'était exclu lui-même des débats en se ne rendant pas à l'assemblée (CA Paris, 28 avril 2011).
- De même, la révocation d'un administrateur non inscrite à l'ordre du jour n'est pas considérée comme abusive si la personne concernée s'est vu offrir la possibilité de présenter préalablement ses observations (CA Paris, 31 mai 2011). Les termes d'un pacte d'actionnaire ne peuvent empêcher une révocation ad nutum d'un administrateur.
- La révocation d'un administrateur entraîne, le cas échéant, la fin d'un mandat de directeur général ou de PDG d'un SA (CA Paris, 31 mai 2011).

ADMINISTRATEUR D'UNE S.A. DEVANT ÊTRE STATUTAIREMENT ACTIONNAIRE

Bien que le code de commerce n'impose plus à un administrateur d'être actionnaire (la loi du 4 août 2008), les statuts d'une SA peuvent toujours prévoir un nombre d'actions que chaque administrateur doit posséder.

Est réputé démissionnaire d'office l'administrateur qui n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis par les statuts au jour de sa désignation, et qui n'a pas régularisé sa situation dans un délai de six mois. Il en est de même lorsqu'il cesse d'être actionnaire en cours de mandat (C. Cass., Ch. Comm., 7 juin 2011).

Cette personne, n'ayant plus la qualité d'administrateur, perd alors automatiquement ses fonctions de président du conseil d'administration, et ce, quelle que soit la raison de la perte de sa qualité d'administrateur. En effet, l'article L225-47 du Code de commerce prévoit que le président du conseil d'administration est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur.

Recommandation : afin d'éviter une telle situation, il convient de vérifier si les statuts imposent à un administrateur d'être actionnaire, et le cas échéant de modifier les statuts sur ce point.

ABSENCE D'AUTORISATION PREALABLE PAR LE CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE GARANTIE DE PASSIF

La garantie d'actif et de passif consentie par une SA dans le cadre de la cession des titres d'une filiale n'a pas à être préalablement autorisée par son conseil d'administration.

L'article L225-35 du Code de commerce prévoit que les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que des établissements bancaires et financiers, doivent être autorisés par le conseil d'administration.

La garantie de passif consentie par la société à l'acquéreur dans le cadre d'une cession de parts détenues par la société, ne constitue pas un engagement financier pris par un tiers, mais a pour but de garantir les propres engagements de la société (C. Cass., Ch. Comm., 12 juillet 2011).

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

PAS D'OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE POUR LES ASSOCIES DE SARL

Un associé de SARL ne commet pas de faute s'il concurrence la société ; il n'a pas à l'informer de cette nouvelle activité. Il doit seulement s'abstenir de commettre des actes de concurrence déloyale, telle que débaucher des salariés de la société (C. Cass., Ch. Comm., 15 novembre 2011).

Un associé ayant consenti un apport en industrie doit néanmoins s'abstenir de concurrencer la société, puisque la libération de son apport consiste à consacrer exclusivement son activité à la société. De même, un associé ayant apporté un fonds de commerce est aussi un vendeur de fonds : il doit garantir la société de toute éviction de son fait.

Recommandation : afin de se prémunir contre l'incidence de cette jurisprudence, il est possible d'intégrer une clause de non-concurrence dans les statuts, ou dans un pacte d'associés, tant durant la participation à la société qu'après le retrait de celle-ci.

PARTICIPATION D'UN GERANT-ASSOCIE A LA DECISION FIXANT SA REMUNERATION

La fixation de la rémunération du gérant de SARL ne constituant pas une convention réglementée, le gérant associé d'une SARL peut prendre part à la décision concernant la fixation de sa rémunération. La Cour de cassation (Chambre commerciale) a confirmé, pour la première fois, dans un arrêt du 4 octobre 2011, l'analyse de la doctrine.

Pour mémoire, les conventions réglementées sont les conventions intervenues, directement ou indirectement, entre la société et son gérant, (sauf celles purement et simplement interdites par la loi ou celles conclues à titre habituel à des conditions de marché). Elles sont soumises à la procédure de contrôle par les associés.

Les associés minoritaires peuvent néanmoins contester une rémunération jugée excessive sur le fondement de l'abus de majorité.

PDGB Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris
Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21
www.pdgb.com

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