

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



**ISABELLE
RIASSETTO**
Professeur
à l'Université
du Luxembourg

Diverses mesures de simplifications du droit des sociétés par voie d'ordonnances.

Projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises, 25 juin 2014, n° 2060.

Simplifier la vie des entreprises est un objectif phare du législateur, qui déploie des artifices bien rodés pour insuffler un air d'actualité à une démarche volontariste mais dénuée de toute cohérence. Parmi les cinquante mesures de simplification présentées par le Conseil de la simplification pour les entreprises le 14 avril 2014, le projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises du 25 juin 2014 retient 39 séries de propositions éparpillées portant sur le droit des affaires, le droit du travail et de la Sécurité sociale, les procédures administratives, l'urbanisme et l'environnement ou encore des mesures diverses.

Dans cet ensemble hétéroclite, l'article 12 du projet de loi autorise le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance avant le 1^{er} janvier 2015 cinq séries de mesures emportant modifications du droit des sociétés.

Diminuer le nombre minimal d'actionnaires

Le projet prévoit la diminution du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes (SA) non cotées. Le maintien jusqu'à ce jour de l'exigence d'un nombre minimum de sept actionnaires pour constituer une SA, qui ne repose sur aucun fondement solide, illustre le poids du passé. La modification proposée marque le pragmatisme du législateur, et permettra d'éviter le recours à des actionnaires de complaisance pour atteindre le nombre minimal de sept actionnaires. La mise en place de la SAS puis de la SASU avait déjà permis de contourner cette exigence. L'impact sur la création de SA devrait toutefois être limité : pour l'année 2013, 92 sociétés anonymes ont été créées. En revanche, les mesures d'adaptation pourraient avoir des répercussions sur le fonctionnement de l'ensemble des SA¹. En effet, les règles d'administration,

de fonctionnement et de contrôle des SA devront être adaptées à cette réduction du nombre des actionnaires : ainsi, le nombre minimum d'administrateurs devrait être abaissé, ce qui risque de porter atteinte à la collégialité de cet organe.

Étendre le champ de la location d'actions dans les sociétés d'exercice libéral.

La location d'actions et de parts sociales facilite la reprise d'entreprises sous formes sociétaires en permettant à des professionnels de participer aux principales prises de décisions en assemblées générales (notamment pour la répartition des bénéfices) en qualité de locataires, sans acquérir la propriété des droits sociaux ; ne sont pas visées les décisions portant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société. Actuellement, l'article L. 239-1 du Code de commerce limite la location d'actions au profit des professionnels exerçant au sein d'une société d'exercice libéral (SEL) comme salariés ou collaborateurs libéraux.

La location pourra être autorisée sous certaines conditions dans les SEL au profit de professionnels exerçant la même profession. Toutefois, il est prévu de continuer à exclure les locations d'actions ou de parts sociales des SEL intervenant dans le domaine de la santé, eu égard aux spécificités des professions de santé et afin de préserver l'indépendance d'exercice ; l'exclusion sera également maintenue pour les SEL soumises à un agrément du garde des Sceaux en qualité d'officiers ministériels, afin de maintenir l'efficacité du contrôle exercé sur les nominations.

Simplifier le transfert de siège et la modification des statuts.

Le régime du transfert du siège d'une SARL et le régime de la mise à jour des statuts qui en découle seront simplifiés. L'article L. 223-18, al. 8 et 9, du Code de commerce, modifié par l'ordonnance du 24 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises permet actuellement au gérant d'une SARL de modifier le siège social au sein du même département ou d'un



**QUENTIN
URBAN**
Maître de
conférences
à la faculté
de droit de
Strasbourg



**MICHEL
STORCK**
Professeur
à la faculté
de droit de
Strasbourg

1. il existe environ 54 800 sociétés anonymes non cotées sur un marché réglementé

département limitrophe ou de modifier les statuts pour tenir compte d'évolutions légales impératives. Ces modifications statutaires sont soumises à ratification par les associés statuant « dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 223-30 », par une décision prise par les associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. Or, cet alinéa ne vise pas les dispositions issues de la loi du 2 août 2005, relatives aux conditions de quorum et de majorité applicables aux SARL constituées depuis le 4 août 2005 qui prévoient notamment le principe d'une « majorité des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés » (art. L. 223-30, al. 3, C. com.).

La modification annoncée prévoit que les nouvelles règles de majorité seront rendues applicables quelle que soit la date de constitution de la SARL. Par ailleurs, il est prévu que le gérant pourra utiliser cette procédure pour déplacer le siège social en France et non plus seulement au sein du même département ou des départements limitrophes. En 2013, il y a eu environ 68 000 déplacements de siège social de SARL.

Supprimer l'exigence de déclaration de conformité dans les fusions et les scissions en dehors de cas imposés par le droit communautaire

Le projet prévoit d'habiliter le gouvernement à supprimer la formalité de déclaration de conformité pour certaines fusions et scissions de sociétés. Actuellement, l'article L. 236-6 du Code de commerce applicable à toutes les fusions ou scissions de sociétés commerciales impose, à peine de nullité, aux sociétés participant à une fusion ou une scission de déposer au greffe une déclaration mentionnant tous les actes effectués en vue de réaliser l'opération et indiquant que l'opération a été réalisée en conformité avec la réglementation.

Le champ d'application de l'obligation de déclaration de conformité par le dirigeant sera limité aux seules opérations visées par le droit communautaire : elle ne s'imposera plus, par exemple, pour une fusion nationale entre SARL ou entre SAS.

Simplifier et clarifier la liquidation amiable

Le régime actuel de liquidation amiable d'une société impose différentes autorisations et formalités (nomination d'un liquidateur, publication de la dissolution au RCS, publication de la clôture de la liquidation, dépôt des comptes définitifs au greffe, radiation de la société...) qui permettent de s'assurer que l'égalité entre actionnaires est respectée et que les droits des créanciers sont protégés.

Une simplification des formalités de liquidation amiable d'une société, en dehors de toute procédure collective, sera introduite lorsque la société ne dispose pas d'actifs importants, ni de salariés, tout en préservant les droits des créanciers et en limitant les risques contentieux.

Michel Storck

Société par actions simplifiée (SAS) – Retrait d'un actionnaire – Cession d'actions – Règlement intérieur – Pénalités mises à la charge du cédant par décision de l'assemblée générale des associés – Unanimité requise (C. com., art. L. 227-9) – Nullité de la délibération de l'assemblée générale (C. com., art. L. 235-9) – Impossibilité d'évoquer l'exception de nullité si l'acte a connu un début d'exécution.

Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 avril 2014, n° 13-18120, non publié au bulletin.

Un actionnaire ne peut se voir opposer une délibération d'une assemblée générale d'une société par actions simplifiée relative à la cession de ses actions et au paiement de pénalités à la suite de son retrait de la société, si cette décision n'a pas été prise à l'unanimité. Toutefois, si le retrait est déjà intervenu, l'exception de nullité ne peut être invoquée.

La société par actions simplifiée (SAS) est une forme sociale qui en raison de sa flexibilité juridique permet aisément d'ajuster ses statuts au projet d'entreprise partagé entre ses associés fondateurs. Pour compenser une excessive souplesse qui pourrait menacer les intérêts des associés les plus faibles, le législateur a prévu que certaines décisions de modification des statuts nécessitent l'unanimité des associés (C. com., art. L. 227-19). À défaut d'unanimité, les délibérations modificatives de l'assemblée générale seront sanctionnées par la nullité, et en particulier celle relatives à la cession forcée des actions. Un équilibre juridique est ainsi recherché. Reste à savoir s'il est atteint.

Dans l'espèce commentée, cet équilibre aurait été brisé, selon un des associés, par l'adoption à la majorité et non à l'unanimité d'une délibération modifiant le règlement intérieur qui prévoyait le paiement de pénalités en cas de départ d'un associé. L'associé sur le départ se refusait à payer ces pénalités arguant de la nullité de la délibération. Dans son arrêt du 15 janvier 2013, la cour d'appel de Poitiers a considéré qu'en application de l'article L. 227-19 du Code de commerce, la délibération de modification du règlement intérieur aurait dû être prise à l'unanimité. Celle-ci a aussi estimé que cette nullité pouvait être invoquée malgré la prescription de trois ans prévue par l'article L. 235-9 du Code de commerce, car cette nullité était invoquée par voie d'exception et que l'exécution de l'acte de paiement de la pénalité n'était pas encore intervenue. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond mais seulement partiellement. Elle a considéré que la clause statutaire aux termes de laquelle « les membres du réseau démissionnaires ou exclus devront payer des pénalités de sortie dont les modalités seront fixées par le règlement intérieur » entrait dans la catégorie visée par l'article L. 227-9 du Code de commerce et qu'il aurait fallu l'unanimité des associés pour être valablement adoptée. Or, ce n'était pas le cas. Mais, la Cour de cassation a refusé de suivre les juges d'appel qui avait accueilli l'exception de nullité soulevée par le démissionnaire qui refusait de payer la pénalité réclamée par la société. L'arrêt d'appel est cassé dans toutes ses dispositions, au motif que si l'exception

de nullité est perpétuelle et peut donc être évoquée à tout moment en défense, c'est à la condition qu'elle soit invoquée pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté. Or, « il résultait des constatations que le démissionnaire avait, en exécution de la délibération dont elle invoquait la nullité, demandé et obtenu son retrait de la société ». Ainsi, l'actionnaire démissionnaire se retrouvait prisonnier des conséquences de son départ. Les deux étapes, la nullité encourue (1.) puis la nullité écartée (2.), qui ont conduit à cette impasse, méritent quelques observations.

1. La nullité encourue

L'article L. 227-19 du Code de commerce, cité par l'arrêt commenté pour justifier sa décision se présente de façon elliptique car les clauses dont il exige l'unanimité pour être adoptée ne sont pas expressément citées : « Les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés. » En clair, les clauses d'inaliénabilité, les clauses d'agrément, les clauses d'exclusion/rachat forcé et celles relatives au changement de contrôle d'une société associée de la SAS ne peuvent être insérées dans les statuts ou faire l'objet de modification qu'à la condition d'un vote unanime. On pourrait s'étonner de ne pas y voir cité la clause relative aux conditions de retrait d'un associé puisque la cour d'appel comme la Cour de cassation ont adossé leur décision à cet article. Il faut lire attentivement le texte de l'arrêt pour comprendre. C'est parce que l'introduction d'une pénalité en cas de démission avait entraîné aussi une modification des clauses statutaires relatives « aux cessions d'action, aux agréments préalables, aux contraintes de cession de titres ainsi qu'à l'exclusion d'un associé » que l'unanimité s'imposait. La Cour de cassation appréhende donc la globalité de l'opération pour censurer la délibération. Dès lors qu'une délibération a un impact même indirect sur des clauses exigeant l'unanimité, elle doit respecter cette condition. On retrouve cette exigence dans d'autres décisions récentes. Ainsi, par exemple, dans une autre affaire² une clause d'exclusion avait été régulièrement adoptée mais

elle contenait une disposition attentatoire au droit de vote de chaque associé, protégé par l'article 1844, al. 1 et 4, du Code civil : il était prévu que la personne menacée d'exclusion ne pourrait pas participer au vote relatif à son exclusion. La Cour de cassation a estimé que cette privation de droit de vote entachait d'illégalité toute la clause et le vote d'exclusion, même si, par ailleurs, l'associé menacé d'exclusion avait participé au vote. En conséquence, la nullité de la disposition relative à l'interdiction de vote de l'associé menacé devait s'étendre à la clause et à la délibération. Mais, dans l'espèce commentée, si la nullité était encourue, la prescription de trois ans, prévue par l'article L. 235-9 du Code de commerce et les règles applicables à l'exception de nullité auront été un obstacle infranchissable pour l'associé démissionnaire qui souhaitait éviter de s'acquitter des pénalités.

2. Mais la nullité a été écartée

L'adage *Quae temporalia sunt agendum perpetua sunt excipiendum* (les actions sont temporaires, les exceptions sont perpétuelles) nourrissait tous les espoirs de l'associé démissionnaire de voir surmonter l'obstacle de la prescription triennale de l'article L. 235-9 du Code de commerce. Las, c'était sans compter sans une application originale de la condition imposée par la jurisprudence : l'acte attaqué ne doit pas avoir déjà été exécuté³. Pourtant, à première vue, la condition était remplie : le paiement n'avait pas été effectué. Mais, la Cour de cassation considère que cette condition de non-exécution de l'acte devait s'appliquer non au paiement mais au retrait. Or, l'associé avait non seulement demandé mais obtenu son retrait. Le cadenas juridique s'était ainsi refermé. La Cour de cassation a donc censuré l'arrêt en ce qu'il a admis la nullité de la délibération. Pour permettre à la Cour de renvoi de trouver une solution cohérente au litige, la chambre commerciale de la Cour de cassation a néanmoins cassé l'arrêt dans toutes ses dispositions. Il reste maintenant à s'interroger sur la façon dont la Cour de renvoi pourra sanctionner la violation de l'article 227-19 du Code de commerce. Mais est-ce bien possible? ■

Quentin Urban

2. Com.6 mai 2014, n° 13-14960

3. Pour une application récente v. Com.15 janv.2013, n° 11-28244