

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



ISABELLE RIASSETTO

Professeur
à l'Université
du Luxembourg



QUENTIN URBAN

Maître
de conférences
à la faculté
de droit
de Strasbourg



MICHEL STORCK

Professeur
à la faculté
de droit
de Strasbourg

Stock-options – Options de souscription – Sociétés par actions – Article L. 225-183 C. com. – Attribution à des salariés ou dirigeants sociaux – Nature des droits – Droits incessibles et personnels – Régime de communauté – Entrée en communauté des options (non).

Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 9 juillet 2014, n° 13-15.948, 954.

Dans un arrêt de cassation du 9 juillet 2014, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation considère que les droits résultant des options de souscription attribuées à un salarié ou dirigeant social sont des droits personnels, qui n'ont pas de valeur patrimoniale intrinsèque. Lorsque l'attributaire est marié sous un régime de communauté, ces droits n'entrent pas dans la communauté.

Commentaire de Michel Storck

Les options de souscription d'actions constituent une promesse unilatérale faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de leur vendre sur leur demande un nombre déterminé de ses actions dans un délai et moyennant un prix définitivement fixés¹.

L'exercice de l'option par le salarié ou par le mandataire social par acceptation de cette offre emporte transfert de propriété des titres sociaux au profit du bénéficiaire. Pour le salarié ou pour l'actionnaire qui en sont bénéficiaires, les options représentent une chance de réaliser un gain futur. Les options sont en tant que telles un avantage financier ou un complément de salaire conféré au bénéficiaire dirigeant ou salarié²; la valeur de cet avantage, alignée sur l'évolution du cours des actions, ne sera toutefois déterminable qu'au jour où le droit d'option sera à

échéance et pourra être exercé par le bénéficiaire. L'enrichissement du bénéficiaire est aléatoire puisqu'il dépend à la fois de l'évolution du cours des actions et de la décision de levée d'option à l'échéance fixée.

Le problème soulevé dans l'arrêt du 9 juillet 2014 portait sur la nature des droits d'option avant leur levée : ces droits font-ils partie de l'actif communautaire ou successoral? Dans cette espèce, le divorce de M. X. et de Mme Y., mariés sans contrat en 1969, a été prononcé le 28 juin 2007, les effets en étant fixés dans leurs rapports au 2 octobre 2002. Les ex-époux s'opposent quant au sort des options de souscription ou d'achat d'actions qui avaient été attribuées au mari avant cette date et qu'il avait levées, pour certaines avant la dissolution, pour d'autres après, selon les délais d'exercice stipulés lors des attributions. L'épouse demandait que la valeur des options de souscription attribuées à son conjoint avant la dissolution de la communauté et non encore levées entre dans l'actif communautaire.

Il est expressément prévu par l'article L. 225-183 du Code de commerce que les droits résultant des options consenties sont incessibles jusqu'à ce que l'option ait été exercée : ces droits sont strictement personnels au bénéficiaire de l'option. La doctrine et la jurisprudence sont divisées quant à la valorisation possible de ces droits : cette question intéresse non seulement les titulaires de ces droits et leurs conjoints ou héritiers, mais aussi leurs créanciers.

1. Certains auteurs considèrent que les stock-options ont une valeur patrimoniale intrinsèque dès leur attribution, pour un montant qui ne sera fixé qu'à la levée de l'option, voire lors de la revente ultérieure des titres acquis ; par application de l'article 1401 du Code civil, la valeur patrimoniale des options devrait entrer en communauté³. Ces

1. Cass. 2^e civ., 20 sept. 2005, n° 03-30.709 ; *Juris-Data* n° 2005-029769, *Bull. civ. II*, n° 223 ; D. 2005. 2706.

2. L. n° 2007-1786, 19 déc. 2007, art. 13, JO 21 déc. 2007.

3. En ce sens, O. Assant, Y. Rutschmann, D. Kling, P. Julien Saint Amand, « Sur le régime juridique des options d'achat et de souscription d'actions », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai-juin 2003 ; F. Sauvage, « Communauté, succession et "stock-options" », *Dr. et patr.*, nov. 1998, 38 ; *Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2014, n° 69761.

auteurs exposent que les options, avant leur levée, font partie de l'actif communautaire ou successoral, et qu'en cas de liquidation de communauté ou d'ouverture d'une succession, elles doivent être évaluées à titre provisionnel.

Dans un arrêt du 7 mai 2004, la cour d'appel de Paris a considéré que la valeur patrimoniale entre en communauté dès lors que lesdites options avaient été attribuées au mari avant l'assignation en divorce et à condition que l'option en ait été effectivement levée par ce dernier : « si le droit d'exercice de l'option est strictement personnel à M.T., la valeur patrimoniale des options, correspondant au différentiel entre le prix d'exercice de l'option et la valeur du titre au jour de son acquisition, entre en communauté »⁴.

Cette analyse avait été retenue en l'espèce par la cour d'appel de Paris⁵ qui a considéré que l'enrichissement de la communauté serait effectif dès l'entrée des droits d'option en communauté, pour une valeur qui sera déterminée au jour de la levée d'option, peu important que cette levée d'option se réalise pendant le mariage ou après sa dissolution : le conjoint non attributaire des options devrait bénéficier de la plus-value d'acquisition même lorsque l'option est levée après le divorce. Protectrice des droits du conjoint, cette analyse qui repose sur une patrimonialité des options entraîne des conséquences pratiques délicates à mettre en œuvre lorsque la levée d'option intervient après la liquidation de la communauté : une liquidation complémentaire de la communauté sera nécessaire lorsque la levée d'option intervient après les opérations de partage. En outre, les options ne figurent pas dans l'actif soumis au droit de partage prévu à l'article 746 du Code général des impôts⁶.

2. En se fondant sur le caractère personnel des droits d'option de souscription, sur leur inaccessibilité et sur l'impossibilité de fixer une valeur intrinsèque, d'autres auteurs préfèrent écarter le principe de patrimonialité des options⁷.

En cassant l'arrêt d'appel pour violation des articles 1401 et 1404 et 1589 du Code civil et de l'article L. 225-183, alinéa 2, du Code de commerce, la Cour de cassation introduit par cet arrêt du 9 juillet 2014 la règle à suivre pour qualifier les options de souscription pendant le mariage : « si les droits résultant de l'attribution, pendant le mariage à un époux commun en biens, d'une option de souscription ou d'achat d'actions forment des propres par nature, les actions acquises par l'exercice de ces droits entrent dans la communauté lorsque l'option est levée durant le mariage ».

Il découle de ce principe que si le titulaire des droits d'option acquiert les titres après la dissolution de la

communauté, ces titres lui sont personnels, la levée de l'option n'ayant pas de caractère rétroactif.

En revanche, les titres acquis en cours de communauté par l'exercice du droit d'option sont communs, sans récompense pour le patrimoine propre s'ils ont été payés avec des deniers communs, avec récompense s'ils l'ont été avec des deniers propres. Dès lors que ces titres entrent en communauté, ils représentent un enrichissement pour les époux qui peut notamment être mesuré sous forme de plus-value en cas de revente de ces titres. Dans cette approche, il n'est pas tenu compte d'une valeur patrimoniale intrinsèque des droits d'option : l'enrichissement du bénéficiaire découle uniquement de l'acquisition effective des titres, à des conditions de prix qui peuvent être avantageuses.

La Cour de cassation considère que ce n'est ni le droit d'option par lui-même ni la plus-value dégagée par l'exercice ultérieur du droit d'option qui entrent en communauté : ce sont uniquement les titres acquis pendant le mariage par levée des options qui tombent en communauté.

Cette analyse, cohérente au regard des règles de fonctionnement des régimes de communauté et du mécanisme juridique du droit d'option, permet de prendre en considération la finalité des options. Les options ont été présentées par le législateur « comme un mode nouveau de rémunération à long terme des personnels des entreprises, en particulier des cadres, comme un moyen de les faire participer à la propriété et de les intéresser à la gestion » de leur société (JO Déb. AN 11-12-1970, p. 6416). Le mécanisme est avant tout un moyen de fidéliser et d'impliquer les salariés et les dirigeants dans un développement à long terme de leur entreprise. L'entreprise promet à ces salariés ou dirigeants sociaux qu'en cas de réussite de ce « stock-option plan », leur fidélité et leur implication seront récompensées.

L'analyse retenue par la Cour de cassation en l'espèce peut être transposée aux opérations d'attribution gratuite d'actions. L'attribution gratuite d'actions au profit des salariés et mandataires sociaux, régie par les articles L. 225-197-1 à L. 225-197-6, est soumise à un régime juridique largement inspiré de celui des options de souscription ou d'achat d'actions : les deux mécanismes de plan d'options de souscription et d'attribution gratuite d'actions sont d'ailleurs souvent mis en place simultanément dans la même société. La société qui prévoit l'attribution gratuite d'actions s'engage unilatéralement envers les bénéficiaires dans les conditions mêmes de sa décision ; l'enrichissement du bénéficiaire sera effectif au jour de l'attribution des actions, au terme de la période d'acquisition fixée par la société (2 ans minimum) ; contrairement au dispositif prévu pour les stock-options, cet enrichissement n'est pas aléatoire et n'est pas subordonné à une levée d'option par l'attributaire, ni à une évolution favorable du cours des actions. Pendant la période d'acquisition des actions par la société, les attributaires ne bénéficient que d'un droit de créance personnel, incessible jusqu'au terme de la période d'acquisition⁸ : ils ne sont pas propriétaires des actions et n'ont aucun droit d'associé ou d'actionnaire. Si un attributaire est marié sous un régime de communauté, ce droit

4. CA Paris 7 mai 2004, n° 2003/04030, AJ fam. 2004. 331, obs. L. Attuel-Mendès ; RTD civ. 2004. 539, obs. B. Vareille ; *ibid.*, 542, obs. B. Vareille.

5. Cour d'appel Paris, Pôle 3, ch. 1, du 19 décembre 2012, n° 11/20957.

6. Rép. min. n° 58031, JOAN Q, 18 juin 2001, p. 3530 ; Rép. min. n° 31920, JO Sénat Q, 23 août 2001, p. 2721 ; V. Comité juridique de l'ANSA du 12 sept. 2001, com. n° 3099, p. 12.

7. A. Couret, « Le sort des stock-options dans les liquidations de communauté ou de succession : approche critique d'idées nouvelles », JCP éd. N 1999, p. 525 ; J.-P. Mabru, « Stock-options et liquidation de communauté : arguments pour une controverse », *Dr. et patr.*, janv. 1999, n° 67, p. 32 ; Rapport du 96^e Congrès des notaires, « Le patrimoine au XXI^e siècle », p. 580 ; A.-M. Lavillaine-Juliet, « Les opérations à terme dans les régimes de communauté », *Mélanges en l'honneur de Jean Stoufflet*, p. 175.

8. Art. L. 225-197-3, al. 1.

personnel ne peut être considéré comme ayant une valeur patrimoniale : ce n'est qu'au jour de l'attribution gratuite des actions qu'il y aura enrichissement effectif de l'époux,

les droits attribués devant être considérés comme des acquêts de communauté en application de l'article 1401 du Code civil. ■

Groupe de sociétés – Créance d'une filiale à l'égard de la société mère – Redressement, puis liquidation de la société mère et de la filiale – Absence de déclaration de la créance par le dirigeant de la filiale – Faute détachable des fonctions du dirigeant (oui) – Engagement de la responsabilité du dirigeant (oui) – Condamnation à paiement du montant intégral de la créance (oui).

Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 mai 2014, n° 12-28657, F-PB, arrêt déjà commenté par E. Mouial-Bassilana, BJS, juill. 2014, p. 467.

Un gérant de SARL a vu sa responsabilité personnelle engagée en raison d'une faute de gestion, détachable de ses fonctions, consistant à s'abstenir de déclarer la créance de la société filiale, dont il était le dirigeant, à l'égard de la société mère, soumise à une procédure collective. À titre de dommage et intérêts, il a été condamné à payer le montant intégral de la dette.

Commentaire de Quentin Urban

Un dirigeant d'une société, membre d'un groupe, peut éventuellement consentir à un abandon de créances pour sauver une autre société du groupe. Le Conseil d'État¹ et la Cour de cassation² admettent la licéité d'une telle renonciation, mais à certaines conditions. En l'espèce, l'abandon de créance avait pris la forme d'une renonciation à déclarer une créance d'une filiale à l'encontre de la société mère dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. Dans son arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que cette abstention constituait une faute détachable des fonctions de direction commise par le dirigeant de la filiale. Au vu de la jurisprudence sur l'abandon de créances, on aurait pu imaginer la solution contraire. C'est la raison pour laquelle il est important de mettre en lumière les justifications données par l'arrêt au rejet du pourvoi.

Dans l'espèce commentée, la cour d'appel avait considéré que l'absence de déclaration de la créance de la filiale dans la procédure collective avait pour objectif de favoriser artificiellement l'adoption d'un plan de redressement de la société mère. Selon l'arrêt d'appel, cette abstention était constitutive d'une faute préjudiciable aux droits des créanciers de la filiale caractérisant une faute de son dirigeant. Dans son pourvoi, le dirigeant critique l'arrêt d'appel qui le condamnait à verser à titre de dommages et intérêts le montant de la créance au liquidateur de la filiale, en faisant observer que les organes de la procédure collective n'igno-

raient pas l'existence de cette créance. En conséquence, selon celui-ci, c'était au représentant des créanciers d'avertir la société filiale et son dirigeant de déclarer la créance et éventuellement à l'administrateur judiciaire de la filiale de se substituer au dirigeant pour accomplir cette formalité. La Cour de cassation a écarté tous ces arguments, considérant que le dirigeant, qui avait connaissance de la procédure ouverte à l'encontre de la société mère, devait de déclarer la créance et que l'administrateur judiciaire de la filiale n'avait ni le pouvoir de procéder seul à cette déclaration ni l'obligation de demander que sa mission soit, à cette fin, étendue à l'administration de l'entreprise. Dès lors, aux yeux des magistrats de la Cour de cassation, le dirigeant s'était rendu coupable d'une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions. Pour confirmer la condamnation du dirigeant à paiement de dommages-intérêts à hauteur de la totalité de la créance, l'arrêt souligne que dans le cadre du plan de redressement de la société mère il aurait été possible d'apurer l'intégralité de la dette. L'abstention fautive aura donc coûté cher à ce dirigeant. Sur le plan juridique, cette décision mérite une attention particulière tant parce qu'elle a approuvé une condamnation sur le fondement du droit commun de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers et a écarté implicitement la responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com., art. L. 651-2) (1.) qu'en raison de la sévérité résultant du montant des dommages-intérêts à verser par le dirigeant condamné (2.).

1. Une responsabilité de droit commun dans le cadre d'une procédure collective

Lorsqu'une société a fait l'objet d'une procédure collective et qu'il apparaît qu'une faute de gestion a contribué à la dégradation de la situation de l'entreprise, un tribunal saisi d'une action en responsabilité contre le dirigeant peut songer à appliquer de l'article L. 651-2 du Code de commerce : « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. » En l'espèce, la société filiale était bien en liquidation judiciaire lorsque l'action en responsabilité a été engagée par le liquidateur contre le dirigeant. A priori donc, c'est une action fondée sur l'article L. 651-2 du Code de commerce qui avait le plus de chance de prospérer. Mais une distinction s'imposait pour éviter de se tromper de fondement juridique. L'absence de déclaration de la créance était une faute commise alors même que la société créancière faisait déjà l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, bientôt suivie d'une liquidation. La cessation de paiement résultant d'une insuffisance d'actif avait donc déjà été constatée par le juge de la procédure collective. L'article L. 651-2 du Code

1. CE 31 juill. 2009, n° 2972274, SA Hausmann Promo Île de France, BJS, déc. 2009, p. 1100.

2. V., par ex., Cass. com. 10 janv. 2006, n° 04-18917.

de commerce ne pouvait donc être appliqué car l'abandon de créance était postérieur à la constatation de l'insuffisance d'actif à l'origine de la cessation de paiement. Cela signifie aussi que la responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut pas être retenue dans le cadre d'une liquidation judiciaire qui a été précédée d'une procédure de redressement alors que la faute a été commise en phase de redressement judiciaire. En conséquence, par cette jurisprudence, le champ d'application de l'article L. 651-2 du Code de commerce est singulièrement réduit. Cet effet réducteur ne doit pas surprendre car déjà dans une jurisprudence antérieure avait annoncé une telle solution. La chambre commerciale de la Cour de cassation avait pu considérer que seule la gestion du dirigeant social dans la période antérieure à l'ouverture de la procédure collective, peut donner lieu à l'action en comblement de passif. « Ainsi, les dettes nées postérieurement au jugement d'ouverture n'entrent pas dans le passif pouvant entraîner cette sanction³. » Si donc il fallait écarter la responsabilité du dirigeant propre aux procédures collectives encore fallait-il établir que les conditions de la responsabilité de droit commun pouvaient s'appliquer. Or, le droit positif fixe des conditions différentes l'identité de la personne qui agit en responsabilité : les associés ou la société d'un côté, les tiers de l'autre. Comme le liquidateur de la filiale avait agi en justice pour la défense des intérêts des créanciers de celle-ci⁴, il devait être considéré comme un tiers à la société. Dans de telles circonstances, ce sont les conditions définies par l'arrêt du 20 mai 2003 de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui doivent être réunies. La responsabilité pour faute d'un dirigeant à l'égard des tiers doit être retenue si celui-ci a commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales⁵. Un arrêt ultérieur précisera que cette responsabilité personnelle du dirigeant pourra être relevée même si celui-ci n'a pas excédé les limites de ses attributions⁶. Même si la Cour de cassation s'est montrée plus sévère à l'égard du dirigeant fautif que par le passé où les conditions d'engagement de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers étaient très restrictives, le décalage avec les conditions posées pour l'engagement de la responsabilité pour insuffisance d'actif de l'article L. 651-2 du Code de commerce est surprenant. En effet, celui-ci se contente d'évoquer « une faute de gestion » comme condition à la condamnation d'un dirigeant à supporter en totalité ou en partie le passif de la société. On peine à trouver la légitimité d'une telle différence traitement. Toutefois, même les conditions restrictives de l'engagement de la responsabilité de droit commun précisées par la jurisprudence (sur le fondement de l'article L. 223-22 du Code de commerce⁷ lorsqu'il s'agit d'une SARL, comme c'était le cas

en l'espèce), n'ont pas évité au dirigeant de voir confirmée par la Cour de cassation sa condamnation à verser à titre de dommages-intérêts, l'intégralité de la créance non déclarée. Cette condamnation à un tel montant n'allait pas de soi.

2. L'intégralité du montant de la créance à titre de dommages-intérêts

Dans le dernier attendu de l'arrêt commenté, la Cour de cassation va marquer une fermeté, qui peut, en effet, prêter à discussion. Elle approuve la cour d'appel qui considère qu'« en fonction du chiffre d'affaires, des résultats, des actifs et des perspectives de redressement de cette société, la créance de la société PAAM Logistique (la filiale) aurait pu être réglée dans son intégralité dans le cadre du plan de redressement de la société mère » et qu'en conséquence la condamnation à payer le montant du courant associé, constitutif de la créance était justifiée. En effet, un plan de redressement n'est qu'un pari sur l'avenir, son succès ne sera confirmé a posteriori après son exécution. Les aléas de la vie économique et financière interdisent une prédiction dénuée d'incertitudes. Certains jugent ne s'y sont pas trompés considérant qu'un avocat négligent ayant omis de veiller la déclaration de créance de ses clients ne pouvait être condamné à les indemniser de la totalité que s'il était démontré que la dette aurait été apurée avec certitude dans le cadre du plan de redressement⁸. À défaut de la preuve d'une certitude, il ne s'agirait dès lors que d'une perte d'une chance et non d'un préjudice certain, ce qui justifierait une réduction du montant de l'indemnisation. Dans l'arrêt commenté, en retenant le montant intégral de la créance, les magistrats du fond comme de cassation ont balayé l'hypothèse de toute perte de chance, en l'absence, selon eux, d'aléas. Dans un contexte économique gravement perturbé, une telle confiance dans les chiffres et l'avenir peut laisser songeur. Curieusement encore, l'arrêt de cassation et le mémoire ampliatif du demandeur au pourvoi ne fournissent aucune trace d'un argumentaire fondée sur la solidarité intragroupe, alors même qu'il s'agissait là pour la filiale de venir en aide à la mère. Or, dans de telles circonstances, nombreuses sont les décisions rendues en matière pénale, fiscale ou en droit des sociétés à avoir reconnu qu'une société membre d'un groupe pouvait venir en aide à un autre membre du groupe au nom de l'intérêt et de la stratégie du groupe⁹. Plus précisément, la Cour de cassation a pu approuver au nom de la préservation de l'intérêt du groupe, des avances financières consenties par un dirigeant à une autre société du groupe qui avait conduit à une cessation de paiement de la société qu'il dirigeait¹⁰. Certains¹¹ ont cru déceler dans la décision commentée un infléchissement de cette jurisprudence. On pourrait se limiter à considérer que le sacrifice de la filiale n'était d'aucun intérêt pour le groupe. Il faut parfois confiance au réalisme des juges ! ■

3. Cass. com. 28 févr. 1995, n° 92-18572; Cass. com. 18 mars 2008, n° 02-21616.

4. « Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers [...] » (C. com., art. L. 622-20).

5. Cass. com. 20 mai 2003, n° 99-17092.

6. Cass. com. 10 février 2009, n° 07-20445.

7. « Les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. »

8. CA Lyon, 1^{er} ch. civ., 8 mars 2012, n° 09/011232.

9. Sur la solidarité intragroupe et l'abus de biens sociaux, v. Groupe de sociétés, Memento F. Lefebvre 2011/2012, Sur les aides de la filiale à la société mère et leur fiscalité v. Memento F. Lefebvre 2011/2012, spéc. 5535. Sur les conventions de trésorerie dans les groupes, particulièrement les conventions comportant un abandon de créance v. Memento F. Lefebvre 2011/2012, n° 3660.

10. Cass. com. 3 déc. 2013, n° 12-22213, BJS, mars 2014, p. 186, note E. Mouial-Bassilana.

11. V. E. Mouial-Bassilana, BJS, juill. 2014, p. 467.