Chronique de
Droit des Sociétés

Michel Storck
Professeur

Quentin Urban
Maître de conférence

Faculté de droit de Strasbourg

Isabelle Riassetto
Professeur

Faculté de droit du Havre

Action en paiement d'un créancier contre les associés d'une société civile soumise à une procédure de liquidation judiciaire – Déclaration de créance – Vaines poursuites préalables contre la société (oui)

Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10.413, rapport de Mme Besançon, conseiller, et avis de M. de Gouttes, premier avocat général ; JCP 2007, éd. E, n° 22, 31 Mai 2007, act. 270

L'obligation aux dettes sociales pesant sur les associés d'une société civile de droit commun est indéfinie mais subsidiaire : un créancier ne peut poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé *"qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale"* (C.civ. art. 1858).

La notion de poursuites *"préalables et vaines"* contre la société, au sens de l'article 1858 du Code civil, ayant donné lieu a des interprétations divergentes[1], un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 18 mai 2007 devrait mettre un terme aux hésitations de la jurisprudence, donnant ainsi des éclaircissements fort utiles pour les créanciers de sociétés civiles[2].

Dans une interprétation "stricte", le terme *"poursuivre"* a été entendu au sens procédural "d'exécuter" : le créancier social ne peut agir contre les associés qu'après avoir fait réaliser la totalité des biens de la société civile sans pouvoir être intégralement payé[3]. Lorsque la SCI est en liquidation judiciaire, il faudrait ainsi généralement attendre la clôture pour insuffisance d'actif.

Dans une interprétation "libérale", plus favorable aux créanciers, la notion de *"vaines poursuites préalables"* est assimilée à la notion de *"vaine mise en demeure"* : le créancier, dès la première défaillance de la société civile débitrice, doit pouvoir se retourner vers les associés[4].

Une troisième voie "intermédiaire" tend à assimiler la "poursuite" à "l'action en justice" ; la déclaration des créances équivaut à une demande en justice et peut donc être assimilée à l'existence de poursuites. Dans le cas d'une société civile qui fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, le caractère vain des poursuites peut être présumé sans que l'on soit tenu d'attendre la clôture de la liquidation judiciaire[5] : le créancier ne serait pas tenu de justifier de formalités autres que la déclaration de créances.

L'arrêt du 18 mai 2007 s'inscrit dans cette troisième voie.

Un créancier assigne en septembre 1994 une SCI en paiement d'un solde d'honoraires ; à la suite de la mise en redressement judiciaire de la SCI en décembre 1994, le

1. V. la présentation exhaustive qui en est faite par l'avocat général de Gouttes

2. Selon des statistiques établies par Euridile.com, en février 2007, 493.570 sociétés civiles sont inscrites au registre du commerce et des sociétés, dont 366.932 SCI

3. Cass. 3e civ. 6 janv. 1999, Bull. civ. III, n° 5 ; D. 1999. IR. 38 ; Rev. sociétés 1999. 376, note J.-F. Barbièri ; RTD com. 1999. 452, obs. H. Monsèrié-Bon ; Bull. Joly 1999. 455, note P. Le Cannu ; Cass. com. 27 sept. 2005, Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 2005. AJ. 2526, obs. A. Lienhard ; Dr. sociétés 2005, n° 211, note F.-X. Lucas ; Bull. Joly 2006. 235, note A. Reygrobellet : la régularisation de l'action contre les associés n'est pas possible dans l'hypothèse d'un créancier qui déclare sa créance à la liquidation judiciaire de la société ouverte au cours de l'instance engagée contre les associés, sans qu'ait été préalablement constatée l'inanité des poursuites contre la société

4. En ce sens : cf. : Cass. com., 24 novembre 1992, Bull., n° 375, Bull. Joly 1993 p. 243, note Y. Dereu

5. En ce sens : Cass. com. 24 janv. 2006, Bull. civ. IV, n° 17 ; D. 2006. AJ. 445, obs. A. Lienhard ; Rev. sociétés 2006. 410, note J.-F. Barbièri, et 2006. 637, note T. Bonneau ; RTD com. 2006. 435, obs. H. Monsèrié-Bon ; Dr. sociétés 2006, n° 73, note F.-X. Lucas ; Bull. Joly 2006. 588, note J.-J. Daigre - Cass. com., 18 janvier 1994 - JCP éd. E. 1994 - I - n° 363, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; 24 novembre 1992, Bull., n° 375, Bull. Joly, 1993 p. 243 ; 14 janvier 2004 RJDA 2004 p. 675 n° 725 ; 24 janvier 2006, Bull., n° 17 ; Cass. 3ème civ., 31 mars 2004, Bull. Civ. III, n° 67.

tribunal arrête le plan de continuation. Ce plan sera par la suite résolu et la SCI mise en liquidation judiciaire en 2001. La créance de M. Y. étant admise au passif du redressement judiciaire de la SCI en 1995, ce dernier assigne en août 2000 M. X., en sa qualité d'associé de la SCI, en paiement de la dette sociale à proportion des parts détenues par lui. M. Y. a donc engagé ses poursuites contre l'associé de la SCI avant la mise en liquidation judiciaire de la SCI, à une époque où la SCI bénéficiait d'un plan de continuation. Le créancier soutient que la mise en liquidation judiciaire de la SCI et la déclaration de créance suffisaient à démontrer qu'il avait engagé des poursuites à l'encontre de la société.

En première instance, la demande de M. Y. a été déclarée irrecevable, faute pour le créancier d'avoir préalablement établi, selon les dispositions de l'article 1858 du Code civil, qu'il avait engagé de vaines poursuites à l'encontre de la SCI.

La cour d'appel d'Agen a déclaré cette demande recevable, et le pourvoi formé contre cet arrêt est rejeté par l'arrêt de la chambre mixte du 18 mai 2007 : "*[…] dans le cas où la société est soumise à une procédure de liquidation judiciaire, la déclaration de la créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser ; que l'action peut être régularisée si la créance a été régulièrement déclarée à la procédure ; qu'ayant relevé que la SCI avait été mise en liquidation judiciaire et dès lors qu'il n'était pas contesté que la créance avait été déclarée à cette procédure, la cour d'appel en a exactement déduit que les vaines poursuites à l'égard de la SCI étaient établies*".

• Il est clairement énoncé désormais que l'ouverture d'une procédure collective facilite la preuve du caractère vain et préalable des poursuites, dans la mesure où elle fait présumer l'insuffisance d'actif, sans qu'il soit nécessaire que le créancier chirographaire ait à justifier de mesures particulières entreprises préalablement à l'ouverture de la procédure collective ou de formalités autres que la déclaration de créances. Les créanciers chirographaires peuvent agir contre les associés dès que joue cette présomption d'insuffisance d'actif, tandis que les créanciers privilégiés devraient attendre la fin de la procédure et la mise en oeuvre de leur sûreté.

Dans le cadre d'une procédure collective ouverte sous l'empire de la loi de 1985, les créanciers d'une SCI, qui n'ont pas déclaré leur créance en temps utile et qui ne bénéficient pas d'un relevé de forclusion, ainsi que les créanciers dont la créance, bien que régulièrement déclarée, n'a pas été admise à l'issue de la procédure de vérification du passif[6], ne peuvent plus agir contre les associés ; en revanche, sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005 l'absence de déclaration n'entraîne plus, à défaut de relevé de forclusion, l'extinction de la créance : le créancier n'est pas admis dans les répartitions et dividendes, mais sa créance, inopposable à la procédure, survit et peut être opposée aux associés (C. com. art. L 622-26 al. 1).

• L'arrêt du 18 mai 2007 ne vise pas la situation d'une société civile *in bonis* : en l'absence de procédure collective ouverte contre la société, le caractère vain des poursuites implique l'accomplissement d'actes d'exécution restés infructueux et susceptibles de prouver l'insolvabilité de la société[7]. Les créanciers doivent mettre la société en demeure de payer, puis intenter contre elle une action en justice, enfin, après avoir obtenu contre la société un jugement de condamnation, démontrer que le commandement de payer est demeuré infructueux[8]. Un titre exécutoire est exigé : il ne suffit pas au créancier d'invoquer un commandement de payer[9], l'inscription d'une hypothèque, une mise en demeure restée infructueuse ou une vaine tentative de retrouver la société[10]. Le créancier doit établir que toutes autres poursuites du créancier à l'encontre de la société auraient été, du fait de l'insuffisance du patrimoine social, privées d'efficacité[11].

La portée de cet arrêt du 18 mai 2007 étant réduite aux sociétés civiles de droit commun placées en liquidation judiciaire, et ne touchant pas la situation des sociétés *in bonis*, il n'est pas certain que cette clarification relative aux vaines poursuites préalables suffise à dissuader les créanciers de sociétés civiles, notamment les établissements de crédit, d'exiger à titre de garantie complémentaire un engagement solidaire des associés.

M.S.

Groupe de sociétés – Cumul de la fonction de PDG et de salarié dans une SAS – Existence d'un contrat de travail (oui) – Lien de subordination – Soumission du président aux autorisations d'une tierce personne, appartenant à une autre société du groupe – Preuve du lien de subordination (oui) – Emploi effectif – Fonctions distinctes – Condition de distinction entre fonctions dirigeantes et tâches salariés dans un groupe de sociétés.

Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, 24 janvier 2007 n° 05- 42366, Société Général Motors Strasbourg. Cette décision a déjà été commentée par Paul Le Cannu dans la revue Bulletin Joly, Mai 2007, §152, p.606.

6. Cf. : Cass. 3e civ., 22 mars 1995, RTD com. 1995, p. 800, obs. Champaud et Danet ; 20 février 1996 - RJDA 8/9 - 1996, n° 1067 ; 10 juillet 1996, D. 1997, somm. p. 80, obs. Honorat ; 31 mai 1995, Bull. Joly, 1995, p. 977, note Y. Dereu

7. Cf. : Cass. 3e civ., 23 avril 1992, Bull., n° 143, Rev. sociétés 1992, p. 760, note B. Saintourens ; 8 mars 1995, Bull., n° 72, Dr. sociétés 1995, n° 157, obs. Th. Bonneau ; 3 juillet 1996, Dr. sociétés 1996, 187, obs. Th. Bonneau ; 8 octobre 1997, Bull., n° 191, Dr. sociétés 1998 n° 21, obs. Th. Bonneau, D. 1998, jurispr.. p. 139, note D. Gibirila

8. Cass. 3e civ., 8 mars 1995, Bull., n° 72, pourvoi n° 93-11.268

9. Cass. 3e civ., 23 avril 1992, Bull., n° 143, pourvoi n° 90-17.529

10. Cass. 3e civ., 8 octobre 1997, Bull., n° 191, pourvoi n° 95-11.870

11. Cass. 3e civ., 6 juillet 2005, Bull., n° 153, pourvoi n° 04-12.175.

Pour qu'un dirigeant de société commerciale puisse cumuler son mandat avec un contrat de travail, le droit positif impose des conditions. Une de ces conditions est qu'il doit exister entre la personne morale, employeur, et la personne physique, salariée, un lien de subordination juridique, caractérisant la relation de travail salarié. L'arrêt commenté marque son originalité, en considérant que la subordination juridique peut se trouver révélée notamment par des directives formulées à l'adresse du dirigeant par un dirigeant d'une autre société membre du groupe. Une autre condition réside dans l'exigence d'un emploi effectif distinct du mandat social. Toutefois, l'arrêt indique que le mandat social exercé dans une filiale peut être l'objet d'un contrat de travail avec la société dominante.

Qu'il est séduisant et attractif, le cumul du mandat social avec un contrat de travail pour un dirigeant d'entreprise ! Non seulement, la protection sociale de celui-ci se trouve renforcée mais ce cumul lui assure aussi l'application du droit du travail. Combien de dirigeants salariés sont critiques à l'égard du droit du travail lorsqu'il s'agit d'en respecter les règles à l'égard du personnel de l'entreprise, mais se réjouissent de ses effets protecteurs lorsqu'ils sont menacés d'être évincés de leurs fonctions ? Le cumul du mandat social et du contrat de travail est, en conséquence, une pratique courante dans les sociétés françaises. Dans l'arrêt commenté, M. X., président d'une SAS, filiale française de General Motors, General Motors France, entendait faire reconnaître sa qualité de salarié à l'égard du seul actionnaire de cette SAS, la société General Motors Strasbourg pour pouvoir bénéficier de la protection du droit du licenciement à l'occasion de son éviction de la direction de la société. Ce cumul de statut est en effet admis par le droit positif, mais, à certaines conditions. L'une est relative à l'exigence d'un lien de subordination juridique entre société et salarié, l'autre, est relative à la distinction nécessaire entre l'exercice du mandat et les tâches relevant de la relation de travail salarié. Concernant le lien de subordination, les magistrats manifestent un sens du réalisme très pertinent, en admettant que cette subordination peut se trouver révélée par l'existence d'un lien d'autorité avec une personne physique dirigeante d'une autre société appartenant au même groupe que l'entreprise employeur (1°). Il faut souligner aussi que la Cour de cassation confirme son appréhension très réaliste du fonctionnement des groupes en admettant qu'un mandat social dans une filiale peut faire l'objet d'un contrat de travail avec la société dominante (2°).

1. Un lien de subordination inscrit dans un groupe de sociétés.

Le Code de commerce et la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation fixent des conditions pour qu'un mandataire social puisse conclure un contrat de travail avec la société dont il est dirigeant. Elles varient selon le type de sociétés. Concernant les SARL, c'est principalement la jurisprudence qui décide que quatre conditions doivent être remplies :

- le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif,
- les fonctions salariées doivent être nettement distinctes de la gérance,
- l'intéressé doit être subordonné à la société dans l'exercice de ses fonctions de salarié,
- enfin, dans certains cas le contrat de travail doit être approuvé selon les dispositions de l'article L.223-19 du Code de commerce[12].

Dans les SA, c'est l'article L.225- 22 du Code de commerce qui pose les conditions : *"Un salarié peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un travail effectif […] Le nombre des administrateurs liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des administrateurs en fonction"*. De cet énoncé, on déduit, d'abord, qu'il n'est pas possible à un administrateur de devenir salarié. Ensuite, la jurisprudence considère que l'*"effectivité d'un travail"* implique que deux conditions soient réunies : le travail salarié doit se distinguer des tâches relevant du mandat et l'accomplissement de ces tâches doit s'inscrire dans une relation de subordination[13]. Dans les SAS, le président et les autres dirigeants peuvent être salariés de la société peu importe l'antériorité ou non du contrat de travail et sans limitation du nombre des dirigeants liés à la société par un contrat de travail. Les dispositions restrictives de l'article L. 225-22 du Code de commerce ne s'appliquent pas. Toutefois, la jurisprudence considère que le salarié doit être en état de subordination et le contrat de travail doit correspondre un emploi effectif[14]. L'influence de l'appartenance de la société à un groupe sur l'appréciation de l'existence d'un lien de subordination a déjà l'objet d'une jurisprudence, mais elle n'est pas directement transposable. En effet, dans un précédent jurisprudentiel, le dirigeant prétendait avoir été salarié d'une société mère, qui contrôlait la société qu'il dirigeait. Dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 9 novembre 2000, le dirigeant n'avait pas été considéré comme salarié de la société mère en raison du pouvoir d'organisation et de recrutement qu'il détenait, hors de tout lien de subordination et de la création à son initiative d'une société en participation. Ce dirigeant n'avait aucune mission technique distincte des fonctions de président. Les magistrats de cette juridiction relevaient aussi que le dirigeant se contentait de soumettre à la société mère la mise en œuvre des orientations des associés et non la gestion courante de la société[15]. Ces indices de fait conduisaient la cour d'appel de Versailles à la conclusion que la fonction de président était exclusive d'une relation salariée avec la société mère.

A l'inverse de cette décision, dans l'arrêt commenté le lien de subordination entre dirigeant de la filiale et société est identifié par les magistrats de la Cour de cassation. C'est d'abord dans le comportement de l'employeur qu'ils vont puiser des éléments de nature à les convaincre : *"M.X bénéficiait d'avantages et d'une classification de nature salariale ainsi que d'un salaire payé par Général Motors Stras-*

12. Pour une présentation de cette jurisprudence v. par ex. Lamy sociétés commerciales, 2006 § 2831.

13. Pour une présentation de la jurisprudence relative à l'exigence d'effectivité v. Lamy Sociétés 2006 § 3356

14. v. CA Versailles, 5°Ch.B, 9 nov.2000, Bull.Joly 2001, p.156 note G.Auzero

15. v. l'arrêt cité en note 3.

bourg [l'actionnaire unique de la SAS]". C'est là une démarche classique. La jurisprudence admet ainsi que l'annonce par voie de presse se présentant comme une offre d'emploi plutôt que comme proposition commerciale, du versement de l'indemnité de congés payés, de la délivrance de bulletin de paie, de l'immatriculation du collaborateur au régime général de la sécurité sociale[16] ou de la remise d'un certificat de travail. L'originalité de l'arrêt est ailleurs. Pour caractériser l'autorité hiérarchique sous laquelle est placé le dirigeant à l'égard de l'actionnaire unique, l'arrêt relève que le dirigeant *"devait obtenir l'autorisation d'une tierce personne, notamment pour changer l'organisation du personnel de la société ou fixer la date de ses congés payés et qu'il était évalué par cette personne laquelle lui annonçait ses augmentations de salaires […] peu important que la personne contrôlant, M.Y, ait appartenu à une autre société du groupe"*. La chambre sociale admet ainsi que l'autorité hiérarchique, caractéristique du lien de subordination juridique, peut trouver à s'exprimer, dans les faits, au travers d'une personne physique, n'appartenant à la société employeur. C'est là une façon nouvelle, à notre connaissance, de prendre en compte la fragmentation de l'exercice du pouvoir dans les groupes de sociétés, une manifestation originale de réalisme judiciaire. Dans des configurations proches, la Cour de cassation avait plutôt fait application de la notion de co-employeurs ou employeurs conjoints, considérant qu'un faisceau de relations d'autorités hiérarchiques révélait plusieurs employeurs codébiteurs des obligations à la charge de l'employeur habituellement unique[17]. En l'espèce, il semble, en conséquence, qu'une nouvelle étape ait été franchie dans la prise en compte par la chambre sociale de la Cour de cassation de la gestion du personnel dans les groupes de sociétés. Au nom de ce réalisme, les magistrats ont admis qu'une nouvelle figure de la dissociation entre la titularité du pouvoir de l'employeur et l'exercice de ce pouvoir dans les groupes révèle une relation salariée. Mais l'intérêt de l'arrêt porte aussi l'articulation entre le mandat social et le contrat de travail.

2 Le mandat social dans la filiale objet possible du contrat de travail avec la dominante.

Dans le même attendu, la Cour de cassation manifeste encore, sur un second point, son attention à l'égard des particularités de la gestion des groupes de sociétés. L'arrêt considère, en effet, que le contrat de travail du dirigeant passé avec la société dominante, pouvait valablement avoir pour objet *"l'exercice des fonctions de président de la société Général Motors France"*, la filiale. La validité d'un tel objet du contrat de travail peut a priori surprendre. En effet, pour la jurisprudence traditionnelle, le contrat de travail ne peut avoir pour objet l'exercice du mandat social, il doit consister en un emploi effectif comprenant des fonctions techniques distinctes[18]. Ainsi, par exemple, le cumul a été admis pour ce motif entre la fonction de directeur commercial et de PDG[19]. En revanche, en raison de l'exigence d'une telle distinction, il est fréquent que la jurisprudence ait refusé le cumul dans les entreprises de taille modeste[20]. Les décisions concernent souvent des dirigeants de SARL, mais elles peuvent être transposées dans le cas des autres mandataires sociaux. La cour d'appel de Paris a refusé à deux reprises le cumul à des dirigeants de SA pour l'absence d'emploi effectif distinct des fonctions de dirigeants de SA[21]. Mais dans l'arrêt commenté, la situation originale créée par le mode d'exercice du pouvoir dans le groupe permet d'admettre qu'un mandat social puisse faire l'objet d'un contrat de travail. Car, il s'agit du mandat social exercé dans une filiale alors que le contrat de travail lie la société dominante au dirigeant de la filiale. Cette configuration avait fait déjà l'objet de décisions de la chambre sociale[22]. Il ne s'agit pas, à proprement parler d'une jurisprudence nouvelle, mais le piquant de l'affaire, qui mérite d'être souligné, est plutôt relatif aux effets d'une transaction passée par les parties. Le litige né de la révocation de la fonction de président de la SAS s'était, en effet, soldé par une transaction. Or c'est justement cette fonction qui était l'objet du contrat de travail qui est à l'origine du contentieux judicaire porté jusqu'à la Cour de cassation. Mais, comme la transaction portait sur le litige né du mandat et non sur le litige né de la rupture du contrat de travail, l'accord passé n'avait pas autorité de chose jugée, au sens de l'article 2052 du Code civil sur ce contentieux. Un peu étonnant lorsque l'objet du contrat de travail était le mandat social, dont les contestations avaient été éteintes par la transaction !

Q.U.

Cessions d'actions – Portage – Qualification

Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-15.632 (n° 88 FPB), Sté Axa France IARD c/ Sté Dicra : Bull. Joly sociétés 2007, p. 610, § 154, note F.-X. Lucas ; RJDA 5/07, n° 492 et rapport V. Michel-Amsellem, p. 428.

Ne constitue pas un portage l'opération par laquelle le cessionnaire revend le jour même de leur acquisition les actions de sociétés à celles-ci ou à leurs représentants, sans qu'aucune stipulation ne vienne retarder le transfert de propriété, de telle sorte que les donneurs d'ordres ne perdent pas la propriété des actions cédées et le cessionnaire n'en devient pas propriétaire. L'opération en cause consistant en la mise à disposition immédiate des sociétés d'une somme à restituer à une échéance et moyennant une rémunération conventionnellement fixée caractérise une opération de prêt rémunérée.

16. Pour une affiliation à l'URSSAF en qualité d'employeur révélatrice d'un comportement d'employeur (Civ.3e, 2 oct.1979, Bull.civ. III, n°128).

17. Sur la notion d'employeurs conjoints v. par ex. : Cass.soc.22 janv.1992, n°87-44.284, Bull.civ.V, p.14.

18 Cass.soc.21 mai 1980, n°79-40.010 ; Cass. soc., 1er déc.1998, n°96-44.608.

19. Cass.soc., 16 avr.1991, n°89-43.723.

20. Cass.soc., 21 oct.1998, RJDA janv. 1999, n°46.

21. Pour un administrateur : CA Paris, 10 oct.1989, JCP E, 1990, I, n°19 410 et pour un président : CA Paris, 20 juin 1997, RJDA janv.1998, somm. n°65

22. Cass.soc., 11 mars 2003, Bull.civ. V, n°88 ; Bull. Joly Soc.2003, p. 648, § 140.

Qu'est-ce qu'un portage ? En l'absence de définition légale, la Cour de cassation répond pour la première fois à cette interrogation, en posant des critères de qualification[23] dans un litige opposant des investisseurs à une société de conseil financier et son assureur.

Sur la recommandation de cette société, des investisseurs particuliers avaient acquis des actions de deux sociétés de droit luxembourgeois auprès de deux actionnaires de ces dernières. Ces opérations s'accompagnaient d'un rachat immédiat des actions par la société émettrice ou le vendeur à un prix supérieur, payable à terme. N'ayant pu récupérer le capital qu'ils avaient placé et les intérêts promis – les vendeurs ayant détourné les fonds – , les investisseurs ont engagé la responsabilité de la société de conseil et de son assureur. Il s'agissait de déterminer si l'opération litigieuse constituait un portage ou un prêt car, dans le premier cas, l'opération entrait dans l'activité de conseil, alors que, dans le second, elle n'était pas couverte par l'assurance. Pour condamner l'assureur *in solidum* à payer une certaine somme aux acquéreurs, la cour d'appel (Riom, 31 mars 2005) avait retenu qu'il s'agissait d'une convention de portage au motif que, si les opérations d'achat et de revente des actions avaient été effectuées simultanément dans la plupart des cas et que l'identité de l'acheteur final n'était pas toujours la même que celle du vendeur originaire, l'achat des actions par les investisseurs rendait aux donneurs d'ordres (la société émettrice et ses dirigeants) un service financier certain consistant à leur permettre d'accroître leurs fonds propres, sans perdre définitivement la propriété des actions cédées. La chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré cette décision au visa des articles 1134 et 1892 du Code civil en procédant à la requalification de l'opération. Celle-ci ne pouvait consister en un portage dès lors que *"les cessionnaires revendaient, le jour même de leur acquisition, les actions des sociétés […], à celles-ci ou à ses représentants, sans qu'aucune stipulation ne vienne retarder le transfert de propriété, de telle sorte que les donneurs d'ordre ne perdaient pas la propriété des actions cédées et que les cessionnaires n'en devenaient pas propriétaires"*. L'opération s'analysait en un prêt rémunéré dans la mesure où elle consistait *"en la mise à disposition immédiate des sociétés […] d'une somme à restituer à une échéance et moyennant une rémunération conventionnellement fixée"*.

L'arrêt est important car, jusqu'à présent, la jurisprudence n'avait pas eu à connaître de la notion de convention de portage, ayant principalement examiné la validité de ces clauses au regard de la prohibition des clauses léonines[24]. Il ressort de cet arrêt que le portage comporte deux éléments essentiels : un service financier (1), nécessitant un transfert temporaire de propriété des titres porteur (2).

I. Un service financier

Le portage n'est défini ni par la loi ni par la jurisprudence. En doctrine, l'élément essentiel est le service financier rendu par le porteur au donneur d'ordres[25]. En soulignant que *"l'acquisition des actions par les investisseurs rendait aux donneurs d'ordre un service financier certain consistant à leur permettre d'accroître leurs fonds propres"*, l'arrêt du 23 janvier 2007 caractérise cet élément. Ce service ne recouvre cependant pas une situation homogène, car le portage peut faciliter des introductions en bourse, réaliser le financement d'investissements, mais encore permettre de préparer une cession de contrôle, de débloquer un conflit entre deux groupes d'actionnaires[26], voire de tenir secrète l'identité du donneur d'ordres. A cet égard, si en général le porteur est un établissement de crédit, il peut, aussi comme en l'espèce, s'agir de particuliers agissant sur les suggestions d'un conseiller financier. Le donneur d'ordres est quant à lui généralement un actionnaire. Le bénéficiaire du service peut être soit ce dernier, soit la société lorsque celle-ci a besoin de fonds propres.

Service financier, le portage n'est pas pour autant une opération de crédit relevant du monopole bancaire. Et si le portage permet de réaliser le financement d'investissements, il ne s'agit évidemment pas d'un service d'investissement au sens de l'article L. 321-1 du Code monétaire. En réalité, la référence au service financier ne doit pas être prise dans un sens technique[27]. Le service financier dont il s'agit est en réalité un service innomé complexe[28].

Si l'existence de ce service est nécessaire à caractériser le portage, il n'est cependant pas suffisant car un prêt permet également à une société d'accroître ses fonds propres. C'est pourquoi la Haute juridiction exige en outre que l'opération de portage réalise au profit du porteur un transfert temporaire de propriété des titres.

II. Un transfert temporaire de propriété des titres

Le portage est indissociable du transfert de propriété des titres au profit du porteur. En l'espèce, la cour d'appel

23. Si tant est que l'on puisse parler de qualification au sujet d'une convention complexe innommée. Sur la convention de portage v. notamment M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 19e éd., 2006, n° 1347 ; P. Soumrani, *Le portage d'actions*, LGDJ 1996 ; F.-X. Lucas, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, LGDJ, 1997 ; D. Schmidt, "Les opérations de portage de titres de sociétés", in "Les opérations fiduciaires", colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI et LGDJ 1985, (C. Witz dir.) p. 29 ; B. Monassier, "Typologie des conventions de portage d'actions", RD bancaire et Bourse, juill.-août 1991, n° 26, p. 119 ; J.-P. Bertrel, Analyse des conventions de portage, Droit et patrimoine, sept. 1995, p. 39 ; "Régime des conventions de portage", Droit et patrimoine oct. 1995, p. 40 ; L.-F. Naftalski, F.-D. Poitrinal et J.-Cl. Parot, "Les conventions de portage", Droit des sociétés, Actes pratiques, mai-juin 1997, n° 33 ; B. Treille, "Les conventions de portage", Rev. sociétés, oct.-déc. 1997, p. 721.

24. Voir notamment Cass. com., 24 mai 1994 : Bull. civ., IV, n° 189 ; Bull. Joly sociétés 1994, p. 797, § 214, note P. Le Cannu ; RJDA 10/94, n° 1034 ; Cass. com., 16 nov. 2004 : RDC 2005, p. 397, note F.-X. Lucas ; RTD com. 2005, p. 111 obs. C. Champaud et D. Danet ; RJDA 3/05 n° 206 ; Cass. com., 27 sept. 2005 : Bull. Joly 2006, p. 92, § 13, note A. Couret ; D. 2005, p. 2681, obs. À Lienhard ; Dr. sociétés 2005, n° 210, obs. H. Lécuyer ; RDC 2006, p. 443, obs. F.-X. Lucas ; Cass. com., 22 févr. 2005 : Bull. Joly sociétés 2005, p. 961, note F.-X. Lucas ; D. 2005, p. 644, obs. A. Lienhard ; D. 2005, p. 973, note G. Kessler ; RTD com. 2005, p. 344, obs. C. Champaud et D. Danet ; RDC 2006, p. 776, obs. F.-X. Lucas ; JCP E. 2005, p.1046, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; Rev. sociétés 2005, p. 593, note H. Le Nabasque ; Dr. sociétés 2005, comm. n° 107, obs. F.-G. Trébulle ; Droit et Patrimoine, juin 2005, p. 100, obs. D. Poracchia ; Banque & Droit, juill.-août 2005, p. 58, obs. I. Riassetto.

25. Voir les auteurs cités supra, note 15.

26. V. D. Schmidt, "Les opérations de portage de titres de sociétés", in "Les opérations fiduciaires", colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI et LGDJ 1985, (C. Witz dir.) p. 29.

27. Comme par exemple dans celui du champ d'application de la directive 2002/65/CE du Parlement et du Conseil du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, transposée par l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 (JORF 7 juin).

28. V. M. Cozian, A. Viandier et M. Deboissy, précité.

avait souligné que les opérations d'achat et de vente avaient été effectuées "simultanément" dans la plupart des cas et la Cour de cassation a motivé son arrêt en soulignant que *"les donneurs d'ordres ne perdaient pas la propriété des actions cédées et les cessionnaires n'en devenaient pas propriétaires"*. Il est clair que si l'aller-retour a été opéré avant que l'inscription en compte au nom de l'acheteur n'ait été effectuée, le transfert de propriété n'a pu avoir lieu.

À supposer qu'il y ait bien eu transfert de propriété au profit du porteur, ce transfert doit présenter un caractère temporaire, car les titres ont vocation à être rétrocédés au cédant initial ou à un tiers[29]. En ce sens, le portage s'apparente à la pension livrée de l'article L. 432-12 du Code monétaire et financier.

Ce caractère temporaire pose le problème de la mesure de sa durée. Celle-ci devrait logiquement s'apprécier au cas par cas. En réalité, ce n'est pas tant le laps de temps entre l'achat et la revente qui importe, mais la coïncidence entre le retransfert de la propriété des titres et le paiement du prix de revente. Or, dans la présente affaire, cette coïncidence faisait défaut. Le même jour avait en effet eu lieu une vente impliquant transfert de propriété contre paiement du prix, suivie immédiatement[30] d'une revente impliquant retransfert de propriété, mais sans concomitance du paiement du prix de revente, lequel avait été stipulé payable à terme. Pour que l'opération puisse être valablement regardée comme un portage, il ne faut pas qu'un décalage entre la date du retransfert de propriété des titres et celle du paiement du prix de revente ait été stipulé, tout au moins lorsque la première a lieu le même jour que le transfert initial. Sinon, la vente ne serait qu'une technique juridique utilisée afin de réaliser un prêt rémunéré. L'opération en cause consisterait alors selon la Cour de cassation *"en la mise à disposition immédiate des sociétés […] d'une somme à restituer à une échéance et moyennant une rémunération conventionnellement fixée"*.

À l'avenir, le recours à la fiducie, instituée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, devrait pouvoir permettre d'éviter la requalification d'une convention de portage en prêt, à condition que le transfert de propriété des titres ait bien lieu. Toutefois, le champ d'application de la fiducie est restreint car le constituant doit être une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés (C. civ., art. 2014) et le fiduciaire un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou d'assurance (C. civ., art. 2015). Aussi, subsistera-t-il des situations qui, comme en l'espèce, demeureront en dehors de ce régime, notamment lorsque les donneurs d'ordres et les porteurs des actions seront des personnes physiques. La clarification de la notion de convention de portage était donc la bienvenue. ■

I. R.

29. A cet égard, il n'est pas nécessaire qu'il y ait identité entre l'acheteur final (donneur d'ordres) et le vendeur initial, comme dans la présente affaire, les titres ayant été vendus par les actionnaires et rachetés par les sociétés et leurs représentants.

30. "Simultanément" comme l'énonçait l'arrêt d'appel.

Plus de 17 000 ouvrages
sur le seul sujet
qui vous obsède vraiment.

www.revuebanquelibrairie.com
La librairie spécialisée dans la banque et la finance

RB
REVUE
BANQUE

Tapeluxe