

# Chronique de *Droit des Sociétés*

**MICHEL STORCK**  
Professeur



**QUENTIN URBAN**  
Maître de conférences



Faculté de droit de Strasbourg

**ISABELLE RIASSETTO**  
Professeur



Faculté de droit du Havre

## Nantissement conventionnel de parts de sociétés commerciales – Opposabilité aux tiers – Publicité – Décret du 23 décembre 2006

*Décr. n° 2006-1804, 23 déc. 2006 : Journal officiel 31 Décembre 2006*

L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés a introduit des innovations majeures dans la constitution et dans la réalisation d'un nantissement portant sur des parts de sociétés commerciales<sup>1</sup>. Rappelons qu'avant cette réforme, le gage portant sur des parts sociales était considéré comme un contrat réel : aux termes des articles 2075 et 2076 anciens du Code civil, tant pour le gage civil que pour le gage commercial, cette sûreté devait être établie par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, signifié au débiteur de la créance donnée en gage (la société émettrice des parts), ou accepté par lui dans un acte authentique. La signification à la société était ainsi non une simple mesure de publicité, mais une véritable condition de validité du gage, contrat réel exigeant une dépossession réalisée dans les mêmes conditions qu'un nantissement de créances, sans remise matérielle du bien gagé. Faute de signification ou d'acceptation par la société émettrice, le créancier pouvait simplement invoquer à son profit une promesse de gage<sup>2</sup>.

Dans la réforme de 2006, le nantissement de parts de sociétés commerciales ne faisant pas l'objet d'une réglementation spécifique, est soumis au nouveau régime du nantissement conventionnel de meubles incorporels, régi lui-même, à défaut de dispositions spéciales, par les règles prévues pour le gage de meubles corporels. Les grands

traits de ce régime, précédemment exposés, ont été complétés par le décret d'application du 23 décembre 2006, pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession.

Le nantissement n'est plus un contrat réel ; un écrit doit être établi à titre de condition de validité avec mention de la dette garantie et de la quantité de biens donnés en gage (C. civ. art. 2336) ; il est précisé par ailleurs que le gage est opposable aux tiers ou bien par la publicité qui en est faite dans un registre spécial, ou bien par la dépossession, entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu, du bien objet du gage (C. civ. art. 2337).

Une première difficulté porte sur l'existence ou non de cette alternative entre une publicité et une dépossession lorsque le nantissement porte sur des parts de sociétés commerciales.

Si l'on se réfère au régime applicable avant la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, on pourrait considérer qu'un nantissement de parts de sociétés commerciales peut s'opérer avec dépossession, la dépossession se réalisant dans les conditions rappelées ci-dessus<sup>3</sup>.

Trois observations nous conduisent à rejeter cette solution :

– dans le régime antérieur à la réforme de 2006, la dépossession du constituant du nantissement, pur artifice imposé par le caractère réel du contrat de gage, découlait d'une assimilation fort contestable des parts de sociétés à des créances contre cette société. Si cette assimilation unanimement critiquée par la doctrine devait être maintenue, il faudrait alors appliquer au nantissement de parts sociales le nouveau régime applicable aux nantissements conventionnels portant sur des créances défini par les articles 2356 et suivants du Code civil, ce qui conduit

1. Banque & Droit, juillet août 2006, n° 108, p. 46.

2. Voir en ce sens, Storck M., SARL, Parts sociales, Cession, Transmission, Nantissement, J.-Cl. Sociétés, Fasc. 73-20.

3. En ce sens, P. Bouteiller, "La publicité des gages sans dépossession",

JCP E, 2007, 1112 ; G. Piette, "La réforme des sûretés après neuf mois de pratique", "Le nantissement de meubles incorporels", Revue Lamy Droit des affaires - 2007 - n°14.

alors à exclure le régime de droit commun du gage et notamment l'application de l'article 2337 qui ouvre précisément cette alternative entre une publicité et une dépossession entre les mains du créancier gagiste !

– telle qu'elle était opérée, la dépossession du constituant du gage n'était que virtuelle et symbolique, car elle n'interdisait pas au constituant de renouveler cette opération avec d'autres créanciers gagistes. Cette dépossession, condition de validité du gage, n'était pas organisée à des fins de publicité à l'égard des tiers. Or la dépossession introduite à l'article 2337 alinéa 2 aux fins d'opposabilité aux tiers suppose que le bien gagé est remis dans les mains du créancier : comment opérer une telle dépossession qui porterait sur des parts de sociétés commerciales, non matérialisées par un support tangible, sans pouvoir raisonner par assimilation à des créances pour lesquelles le nouveau régime ne prévoit pas une dépossession artificielle mais une opposabilité au débiteur de la créance cédée par voie de notification ou d'intervention à l'acte (C. civ. art. 2362) ?

– le constituant du nantissement de parts sociales n'est pas dépossédé de ses parts sociales ni de sa qualité d'associé de la société : le créancier nanti acquiert non pas un droit de rétention sur les parts, mais un droit de préférence, un droit de suite, voire un droit d'attribution des parts en propriété. Le nouveau régime mis en place permet précisément à un associé de constituer plusieurs nantissements successifs sur ses parts, les droits des créanciers étant fixés par la publication de ces sûretés dans un registre spécial.

L'opposabilité aux tiers du nantissement de parts ne devrait résulter dès lors que d'une publication dans un registre spécial : un créancier nanti qui ne procéderait pas à cette publicité prendrait le risque de ne pouvoir opposer sa sûreté aux tiers.

#### **A. Inscription du nantissement sur un registre spécial au greffe du tribunal de commerce**

– L'inscription du nantissement de parts sociales est faite à la requête du créancier sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation de la société dont les parts sont nanties.

**Inscription du gage par la voie "papier".** Le créancier bénéficiaire du gage remet ou adresse à son choix, au greffier du tribunal de commerce compétent :

– un original de l'acte SSP constatant le gage ou une expédition si l'acte est établi sous la forme authentique ainsi qu'un bordereau d'inscription en deux exemplaires.

Le bordereau d'inscription mentionne :

– la qualité des parties, personne physique ou personne morale,

– la date de l'acte constitutif du nantissement,

– le montant de la créance garantie en principal, la date de son exigibilité, le taux des intérêts, ainsi que, le cas échéant, la mention de l'existence d'un pacte commissaire. Pour les créances futures, le bordereau mentionne les éléments permettant de les déterminer ;

– la forme de la société dont les parts sont nanties, la dénomination sociale, l'adresse du siège social, le numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, le nombre de parts sociales nanties et leur valeur nominale ;

– la mention de l'inscription du gage, c'est-à-dire, la date de l'inscription et le numéro de celle-ci.

Le greffier remet ou adresse au créancier requérant l'un des bordereaux au bas duquel il certifie que l'inscription a été faite. Le second bordereau identique au premier est conservé au greffe, aux frais du greffier, avec l'acte de nantissement si celui-ci est établi sous seing privé.

Le greffier procède à l'inscription et la reporte au fichier électronique national institué par le décret du 23 décembre 2006.

*NB : Ce fichier national recense toutes les inscriptions de gage prises en application de l'article 2338 du Code civil. Il est consultable gratuitement sur un site d'information accessible par le réseau internet. Chaque consultation ne peut porter que sur une même personne et une même catégorie de biens.*

**Inscription du gage par la voie électronique.** Le registre du greffe du tribunal de commerce peut être tenu sous forme électronique et l'inscription du gage peut donc, dans ce cas, être réalisée par voie électronique, dans les conditions prévues à l'article 1316-4 du Code civil et par le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001. Cette procédure suppose que le créancier procédant à l'inscription utilise une signature électronique sécurisée, répondant aux exigences du décret précité.

**Effets de l'inscription.** Les inscriptions de nantissement prennent effet à leur date ; en cas d'inscriptions multiples le même jour, le rang des créanciers est déterminé par l'ordre des inscriptions établi en fonction de leur numéro d'enregistrement au greffe du tribunal.

Le nantissement est conservé durant cinq ans, à compter de la date de l'inscription : les effets de l'inscription cessent faute de renouvellement avant l'expiration du délai. La radiation est opérée d'office par le greffe.

**Modifications affectant les éléments de l'inscription.** Toute modification affectant l'une des informations portant sur le constituant, le créancier ou parts nanties, doit être publiée en marge de l'inscription existante.

**Radiation de l'inscription.** L'inscription de gage est radiée à la demande du créancier ou par le constituant justifiant de l'extinction de la dette garantie, par un accord des parties ou un acte de mainlevée. La radiation intervient également, le cas échéant, en vertu d'une décision passée en force de chose jugée. Enfin la radiation est opérée d'office par le greffe faute de renouvellement. Le greffier opère la radiation par une mention en marge de l'inscription, et délivre à la personne qui le requiert, un certificat de radiation aux frais de celle-ci.

#### **B. Application dans le temps**

Les dispositions du décret du 23 décembre 2006 sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2007.

– Quel sera le sort des nantissements de parts de sociétés commerciales constitués avant cette date ? Dès lors qu'ils ont été valablement constitués, selon les modalités rappelées ci-dessus, ces nantissements continuent à produire leurs effets dans les rapports entre les parties. Un conflit risque néanmoins de surgir en cas de nantissements multiples sur des mêmes parts, avec dépossession et antérieur à la réforme, puis postérieur, sans dépossession mais avec publication. Le législateur règle à l'article 2340 du Code civil le conflit né d'une situation inverse, un nantissement sans dépossession suivi d'un nantissement avec dépossession : le droit de préférence du créan-

cier gagiste antérieur (sans dépossession) est opposable au créancier gagiste postérieur (avec dépossession) lorsqu'il est régulièrement publié, nonobstant le droit de rétention de ce dernier. A titre conservatoire, pour éviter tout litige avec des créanciers nantis postérieurs, les créanciers titulaires de nantissements peuvent avoir avantage à procéder à une publication selon les nouvelles modalités mises en place par le décret du 23 décembre 2006.

– Procédure collective ouverte contre le constituant. Le créancier nanti qui a publié au registre spécial sa sûreté peut se prévaloir des dispositions de l'article 622-24 du Code de commerce : bénéficiaire d'une sûreté, ce créancier doit être averti personnellement de l'ouverture de la procédure, le délai de déclaration ne courant à son égard qu'à compter de cette notification. Sous le régime antérieur à la réforme du 23 mars 2006, il a été jugé que

la signification du nantissement des parts sociales à la société ne constitue pas une publicité au sens de l'article L. 621-43 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : en conséquence, le créancier titulaire d'un tel nantissement, qui n'a pas à être averti personnellement, ne peut se prévaloir de l'inopposabilité de la forclusion édictée par l'article L. 621-46, alinéa 2, du même Code<sup>4</sup>. Pour bénéficier de ce statut de créancier titulaire d'une sûreté publiée, les créanciers bénéficiant d'un nantissement avec dépossession portant sur des parts sociales de sociétés commerciales antérieur à la réforme, peuvent avoir intérêt à en demander la publication dans le registre spécial.

M. S.

**Pacte extrastatutaire d'actionnaires – Clause d'offre alternative ou clause "buy or sell" – Une clause d'offre alternative n'est pas une clause d'exclusion – Validité de la clause d'offre alternative (oui) – Distinction entre le terme et l'une des conditions du pacte – La perte de la qualité d'actionnaire n'est pas le terme du pacte – Distinction entre terme du pacte et durée d'existence de la société concernée par le pacte – Pacte à durée indéterminée (oui) – Validité de la résiliation unilatérale du pacte (oui) – Absence d'effets d'une levée d'option d'achat intervenue après rupture du pacte**

*Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> ch. sect.B. 15 décembre 2006, SNCM et autre c/ STIM et autre, arrêt publié et commenté par F.X.Lucas dans la revue Bulletin Joly, avril. 2007, § 124 p.479.*

La clause d'offre alternative dans un pacte d'actionnaires est celle qui prévoit qu'en cas de mésentente entre actionnaires, ou plus généralement de blocage de fonctionnement de la société, une des parties est autorisée à acheter ou vendre des actions à un prix, dont les règles de calcul varient selon les pactes. En l'espèce, un désaccord sur la gestion de la société contrôlée avait conduit d'abord à une dénonciation du pacte par l'une des parties puis à une levée de l'option d'achat de l'autre. La Cour d'appel considère que le pacte passé était valable. Elle estime aussi que la durée indéterminée de cet accord autorisait une dénonciation unilatérale. Elle conclut en conséquence que la levée de l'option était inopérante car postérieure à la dénonciation du pacte.

Comment déterminer si un pacte d'actionnaire est à durée déterminée ou à durée indéterminée ? A priori, l'exercice est simple car il suffit de repérer l'existence d'un terme dans le texte de l'accord : une date, un événement... qui marquera sa rupture. Mais, l'arrêt de la cour d'appel de Paris, le 15 décembre 2006, rendu à propos d'un conflit né de la conclusion et de l'exécution d'un pacte d'actionnaires, montre que des magistrats de juridictions différentes peuvent diverger sur la caractérisation de la durée d'un même accord. Lorsque le pacte avait été examiné par le tribunal de commerce de Paris, les juges avaient considéré, dans leur décision du 17 octobre 2006<sup>5</sup>, que l'accord était à durée déterminée. Les conseillers de la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt du 15 décembre 2006 rendu à propos du même litige, ont été d'un avis contraire. Les conséquences juridiques d'une telle divergence sont considérables pour les parties contractantes.

Dans le contentieux, un pacte d'actionnaires liait deux sociétés, la SNCM (Société nationale maritime Corse Méditerranée) et la STIM (Sociétés de travaux industriels maritimes d'Orbigny), avec un avenant concernant la CGTH (Compagnie générale de tourisme et d'hôtellerie), qui étaient impliquées dans les activités de transports maritimes entre des ports méditerranéens. Ces sociétés détenaient chacune des titres émis par la Compagnie méridionale de participation (CMP).

Ce pacte prévoyait une clause d'offre alternative destinée, en cas de dégradation des relations entre partenaires, à permettre le rachat ou la vente des actions détenues par l'une des parties au pacte.

En raison de l'échec d'une concertation pour répondre à un appel d'offres pour la desserte de la Corse à partir du continent, la SNCM et la CGTH avaient décidé d'user de l'option d'achat offerte par le pacte. Elles avaient choisi d'acheter les titres de la STIM. En réaction, la STIM dénonçait le pacte et refusait de vendre ses titres. La SNCM et la CGTH saisissaient alors le tribunal de commerce de Paris pour obtenir exécution forcée de la

4. Cass. Com., 16 mai 2006, Bull. Civ. IV, n° 121 p. 124 ; D. 2006, AJ 1528, obs. A. Lienhard ; JCP E 2006, n° 35 p. 1429, note Vallansan ; Rev. Dr. banc. fi 2006, n° 163, obs. F.X. Lucas

5. Commenté sous notre plume dans Banque & Droit n°112, p. 71.

cession des actions.

Le tribunal de commerce, dans sa décision du 17 octobre 2006, avait considéré d'abord que la clause d'option de vente ou de rachat n'était pas une clause d'exclusion et que la clause d'offre alternative était valable. Ensuite, les juges avaient estimé que la dénonciation du pacte était impossible car, celui-ci était à durée déterminée. En effet, les contrats à durée déterminée ne peuvent, en principe, être rompu avant leur terme.

Pour parvenir à une telle conclusion, les magistrats relevaient que le pacte contenait une disposition – *“les dispositions du présent pacte s'appliqueront aussi longtemps que la CNO et la SNCM demeureront ensemble actionnaires de la CMP”* (article 3 titre IV) – qui devait s'analyser, selon le jugement, comme *“une limite de fait : la qualité réciproque d'actionnaires”*. Or, comme la société CMN avait une durée limitée à 99 ans, la perte de la qualité d'actionnaire interviendrait au plus tard à cette date. Il s'agissait donc bien d'un terme, même s'il était incertain. L'accord était à durée déterminée, selon les juges de première instance.

Le pacte était donc, à leurs yeux, non seulement valable mais l'option choisie par la SNCM et la CGTH devait être respectée et mise en œuvre. En conséquence, l'exécution forcée de la cession des actions était décidée pour un prix à déterminer par expert judiciaire. La Cour d'appel de Paris fut de l'avis opposé. Selon l'arrêt du 15 décembre 2006, le terme du pacte ne pouvait se confondre avec le terme de la société de sorte que l'article 3 du titre IV ne fixait pas de terme au pacte. En conséquence, le pacte était à durée indéterminée et la résiliation de l'accord par la STIM devait produire ses effets. Le pacte rompu, le rachat des parts par la SNCM et la CGTH était, dès lors, impossible.

Cette nouvelle issue donnée au litige repose sur le refus de la Cour de lire dans l'article 3 un terme au contrat. Pour apprécier la pertinence de cette nouvelle appréciation, il faut revenir sur ce qui distingue le terme incertain de la condition dans un contrat pour ensuite s'intéresser aux liens entre le terme éventuel du pacte et celui de la société.

### 1. La condition n'est pas un terme incertain.

La cour d'appel de Paris est très nette : la clause relative à l'exigence de la qualité d'actionnaire pour l'application du pacte ne peut être considérée comme constituant un terme au contrat car la perte de la qualité d'actionnaire *“n'a aucun caractère de certitude”*.

C'est cette certitude qui est le critère de la Cour. Encore, faut-il bien comprendre à quoi ce caractère s'applique ! Pour cela, il faut revenir aux définitions des notions de *“terme”* et de *“condition”*.

Le terme d'un contrat est un événement futur et certain dont dépend l'extinction d'un contrat. Il ne peut que concerner des contrats à exécution successive : contrat de bail, contrat de travail, par exemple. La condition dans un contrat est aussi un événement futur, comme le terme mais c'est un événement incertain, à la différence de celui qui caractérise le terme.

La difficulté vient de ce que les termes peuvent être certains ou incertains. Les termes certains sont qui sont

déterminables avec précision. Ce sont ceux fixés par une date calendaire mais aussi par la référence à un événement fixé avec précision dans le temps (date, fête, anniversaire), ou encore par l'écoulement d'un nombre déterminé de périodes (jours, mois, années). Mais il se peut aussi que le terme choisi soit un événement certain à venir, mais sans que pour autant on puisse le situer avec précision dans le temps. Ce peut être, par exemple, le décès d'une personne physique. On sait qu'elle va mourir, mais sans connaître par avance la date de décès. Même si le terme est incertain, le contrat reste à durée déterminée. Cette durée est limitée, bien qu'on ne puisse pas déterminer, lors de la conclusion du contrat, avec exactitude quand surviendra l'événement associé à l'extinction. C'est cette incertitude du contrat à terme incertain qui le rapproche de la condition. Mais, dans la condition c'est l'événement futur, qui est associé à sa réalisation qui est incertain. Ainsi, par exemple, la condition de l'obtention d'un prêt fréquemment insérée dans le contrat de vente d'un immeuble est un événement qui ne se produira pas avec sa certitude : tout dépend de la décision d'un tiers, en l'occurrence la banque.

De même, la perte de la qualité d'actionnaire n'est pas un événement qui se produira certainement, affirme la Cour. C'est simplement un événement futur éventuel. S'il se produit, le pacte ne pourra plus être mis en œuvre. Sans l'affirmer explicitement, l'arrêt considère qu'il s'agit plutôt d'une condition. Pour parer au risque de requalification, la SNCM et la CGTH avaient soutenu que la durée d'existence de la société CMN, – 99 ans –, prévue par les statuts était logiquement aussi le terme du pacte. Est-ce que le terme du contrat de société peut aussi être le terme du pacte ? La Cour l'exclut.

### 2. Le terme du contrat de société ne peut pas être le terme du pacte.

Un arrêt de la cour d'appel d'Angers du 20 septembre 1988<sup>6</sup> pouvait alimenter quelques espoirs pour les dirigeants de la SNCM et de la CGTH. La cour d'appel considère qu'un pacte pouvait avoir une durée *“calquée sur celle de la société, dès lors que ladite convention concerne les actions de cette société”*. Ce rapprochement avait été utilisé pour soutenir que si *“la perte de la qualité d'actionnaire, même si est inconnue la date à laquelle cet événement arrivera, est certaine puisque cette perte de qualité interviendra nécessairement au plus tard à la fin de la société, dont la durée est au maximum de 99 ans”*. Il y aurait donc un terme incertain et non une condition, ce qui interdirait une résiliation unilatérale du pacte. La première chambre civile de la Cour de cassation n'est pas de cet avis. Elle constate dans son arrêt que tout d'abord le pacte est muet sur le terme et que les intimées sont bien conscientes de la difficulté puisqu'elles invoquent *“la fin de la société, dont la durée est au maximum de 99 ans”*. Ce renvoi au terme de la société est inopérant aux yeux des magistrats pour plusieurs raisons. D'abord parce que cette allusion est floue : on ne sait pas si le terme évoqué est celui des sociétés parties au pacte ou celui de la société concernée par le pacte ! Le doute est en effet permis. Ensuite, il est fait observer que le terme social peut être prorogé par convention entre les actionnaires, ce qui le

6. CA, 1<sup>er</sup> ch., sect. A, Angers, 20 sept. 1988, Bull. Joly 1988, § 271.

prive l'événement de son caractère inéluctable ou fatal. Un événement non inéluctable ou fatal ne pouvant être constitutif d'un terme, la disparition de la société ne peut être le terme du pacte. Mais, cet argument pourrait, a priori, ne pas être convaincant. Lorsqu'un terme est fixé pour un contrat, rien n'interdit aux parties de le proroger par accord mutuel, ultérieurement. Si on admet que le pacte et le contrat de société partagent le même terme, pourquoi ne pas admettre que la prorogation du terme social peut aussi valablement proroger le terme du pacte ? La possibilité de proroger un terme ne priverait pas de certitude l'événement qui lui est associé. A bien réfléchir, le terme de la société n'est que l'événement constitutif du terme du pacte et à ce titre, il devrait être certain. Ce qu'il n'est pas ! En effet, même si cela n'est guère réaliste, l'immortalité par prorogation infinie de la durée d'existence d'une société n'est pas à exclure. La cour d'appel a raison. Le pacte était donc à durée indéterminée et pouvait être rompu unilatéralement.

Q. U.

## Société par actions simplifiée – Fusion-absorption – Unanimité

La décision de transformation d'une société en SAS est prise à l'unanimité des associés. Il en est de même en cas de fusion-absorption d'une société par une SAS.

Cass. com., 19 décembre 2006, n° 05-17802 (n° 1497 FS-PBIR) ; Bull. Joly sociétés 2007, p. 506, § 130, note A. Couret ; RJDA 3/07, n° 222 et rapport V. Michel-Amsellem, p. 227.

La fusion-absorption d'une société par une SAS est-elle soumise à la règle de l'unanimité ? Très attendue par la doctrine et par les praticiens, la réponse donnée le 19 décembre 2007 par la Cour de cassation est affirmative.

Une SAS, filiale d'une société anonyme, a absorbé celle-ci par voie de fusion, après approbation de l'assemblée générale extraordinaire des deux sociétés. Des minoritaires demandaient l'annulation de la délibération de l'absorbée au motif que la fusion-absorption aurait dû être décidée à l'unanimité. La cour d'appel (Versailles, 27 janv. 2005<sup>7</sup>) a refusé de faire droit à leur demande au motif qu' "*une absorption n'emporte pas transformation de la société absorbée qui se trouve, au contraire, dissoute dès la décision de fusion*" et "*que la simple constatation qu'une telle opération revient à faire passer les actionnaires d'une société anonyme de type classique à une société par actions simplifiée sans leur consentement n'est pas de nature à rendre applicables les dispositions de l'article L. 227-3 du Code de commerce qui ne visent que la transformation et à rendre exigible, sur le fondement de ce texte, un vote unanime, ajoutant par-là au pacte*

*social de l'absorbée une condition supplémentaire que ne prévoit pas ce texte*". Cet arrêt est cassé pour violation de l'article L. 227-3 au motif "*qu'aux termes de ce texte, la décision de transformation d'une société en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés, qu'il en est de même en cas de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée*". Par cette prise de position de principe, la Cour de cassation comble un vide législatif et tranche une controverse.

L'article L. 227-3 du Code de commerce énonce que "*la décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés*". En revanche aucune disposition ne précise à quelle condition doit être prise la décision de fusion-absorption d'une société anonyme par une SAS. Deux courants ont ainsi pu prospérer en doctrine.

Certains auteurs, entendus par les juges versaillais dans la présente affaire, ont pris appui sur l'interprétation littérale de l'article L. 227-3, qui ne vise que la transformation, pour soutenir que la fusion-absorption doit être décidée dans les conditions générales requises par le droit des sociétés. Or, la règle en la matière est celle de la majorité<sup>8</sup>. Plus précisément, l'article L. 236-2 du Code de commerce indique que la fusion-absorption doit être décidée dans les conditions requises pour la modification des statuts, à savoir à une majorité qualifiée des deux tiers dans les SA et des trois quarts dans les SARL. En outre, la fusion-absorption se différencie structurellement de la transformation par le fait qu'elle fait disparaître la personnalité morale de l'absorbée. C'est l'idée faite sienne par la cour d'appel de Versailles censurée selon laquelle "*une absorption n'emporte pas transformation de la société absorbée qui se trouve, au contraire, dissoute dès la décision de fusion*". Enfin, en ce qu'il impose l'unanimité, l'article L. 227-3 déroge au droit commun des décisions sociales et doit de ce fait être interprété strictement. L'unanimité serait toutefois requise si l'absorption conduisait à une augmentation des engagements des actionnaires (C. com., art. L. 236-5). Cela nécessiterait préalablement une analyse minutieuse des statuts de l'absorbante, afin de rechercher lesdites augmentations.

Ces arguments n'ont pas convaincu la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a consacré la thèse de l'unanimité soutenue par d'autres auteurs. En cela, elle a fait prévaloir l'esprit de l'article L. 227-3 du Code de commerce sur sa lettre<sup>9</sup>. L'unanimité exprime un principe plus général selon lequel on ne peut devenir actionnaire d'une SAS sans y avoir expressément consenti, en raison de la liberté contractuelle qui caractérise cette forme sociale. Un accord de volonté est nécessaire quel que soit le mode d'entrée dans la SAS, transformation ou fusion-absorption. La cassation pour violation de l'article L. 227-3 suggère en outre que dans ce texte "*il faut entendre transformation au*

7. Voir cette chronique, Banque & Droit, n° 110, mars-avr. 2005, p. 34, note M.S ; D. 2005, p. 716, obs. A. Lienhard ; JCP E 2005, p. 1416, note N. Mathey et p. 1046, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; JCP N 2005, p. 180 ; Bull. Joly société 2005, p. 612, § 137 ; Rev. sociétés 2005, p. 699, obs. I. Urbain-Parleani ; Droit des sociétés 2005, comm. n° 136, obs. H. Hovasse ; Droit et Patrimoine sept. 2005, p. 117, obs. D. Poracchia ; RTD com. 2005, p. 361, obs. P. Le Cannu ; RJDA 5/05, n° 557. Adde P. Le Cannu, "De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité", Bull. Joly sociétés, p. 557, § 127 ; D. Bert et T. Kakhari, "L'application de la règle

de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption", D. 2006, p. 1636 ; J.-J. Uetwiller, "La fusion avec une SAS est-elle une transformation de société ?", Gaz. Pal. 2005, dotc. P. 891.

8. Ch. Gavoty et P. Ullmann, "L'absorption par une société par actions simplifiée exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ?", Bull. Joly 2001, § 177, p. 831 ; J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker préc. ; J.-J. Uetwiller, art. préc.

9. En ce sens Rapp. Sénat relatif à la loi du 3 janv. 1994, n° 35, p. 9.

10. Rapport V. Michel-Amsellem, "Absorption d'une société par une SAS", RJDA 3/07, p. 227, n° 11.

*sens large: toute opération qui fait que la société et ses associés se retrouvent sous la forme d'une SAS*<sup>10</sup>.

Cette solution mérite d'être approuvée. Indépendamment de son fondement contractualiste, l'affirmation de la portée générale de la règle de l'unanimité pour l'entrée en SAS résout la difficulté d'avoir à apprécier au cas par cas l'existence d'une augmentation des engagements des actionnaires en cas de fusion-absorption. De surcroît, elle coupe court au risque d'abus dénoncé: il était en effet à redouter que la règle de l'unanimité exigée pour la trans-

formation soit contournée par la voie d'une fusion-absorption à la majorité<sup>11</sup>.

La présente solution présente en revanche un inconvénient de taille: la difficulté d'obtenir l'unanimité en pratique. Désormais, à moins d'un improbable revirement de jurisprudence, seule une intervention du législateur serait de nature à permettre et à justifier un assouplissement de la règle.

I. R.

11. Il suffisait aux majoritaires de créer une filiale sous la forme d'une SAS ou d'utiliser une filiale qui absorbe la société. V. notamment P. Canu, art. préc.