

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



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



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



**ISABELLE
RIASSETTO**
Agrégee des
facultés
de droit
Professeur à
l'Université du
Luxembourg

Sociétés – Dissolution (C. civ., art. 1844-7, 2°) – Extinction de l'objet – Holding – Cession de titres.

Cass. com., 7 octobre 2008, n° 07-18635 ; Juris-Data n° 07-18.635 ; BRDA 8/08, inf. 1, p. 2 ; D. 2008, p. 2597, obs. A. Lienhard

La cession par une société civile holding des actions qu'elle détient dans le capital de sa filiale n'a pas pour conséquence l'extinction de son objet et n'implique pas sa dissolution dès lors que cet objet consiste dans l'acquisition, la gestion et l'administration de titres de sociétés.

La société est dissoute en cas de réalisation ou d'extinction de son objet. Énoncée par l'article 1844-7 2° du Code civil, cette hypothèse de dissolution de plein droit donne très rarement matière à contentieux. Aujourd'hui, l'objet social est, en effet, très souvent rédigé de manière suffisamment large pour permettre à la société de diversifier ses activités sans avoir à se plier aux contraintes d'une modification statutaire. Cette rédaction compréhensive permet également d'échapper à la dissolution, lorsque la société abandonne l'une de ses activités. La règle a vocation à s'appliquer à la cession par une société holding des titres qu'elle détient, comme l'illustre un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 7 octobre 2008.

En l'espèce, trois personnes avaient constitué une société civile holding (Crystal Holding), ayant pour objet l'acquisition, la gestion et l'administration de titres de sociétés. Chacun avait fait un apport identique d'actions détenues dans la société Crystal Finance. Onze ans plus tard, par délibération prise en assemblée générale ordinaire, les associés de la société holding ont décidé à la majorité d'autoriser la gérance à procéder à la cession des actions de la société Crystal Finance qui composaient l'unique actif de la holding. L'un des associés, soutenant que cette délibération avait eu pour effet de priver la société de son objet, en a demandé l'annulation. Pour accueillir cette demande la cour d'appel (CA Montpellier, 2^e ch. B., 19 juin 2007) a retenu que « les actions de la société Crystal Finance constituaient le seul actif de la société Crystal Holding, que leur cession équivalait à la dissolution de

cette société et qu'une telle décision ne pouvait, aux termes des statuts, être prise qu'en assemblée générale extraordinaire et par des associés représentant au moins les trois quarts du capital social ». Saisie d'un pourvoi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré cet arrêt au visa de l'article 1844-7 2° du Code civil au motif « qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que la société Crystal Holding avait pour objet statutaire l'acquisition, la gestion et l'administration de titres de sociétés, ce dont il résultait que la cession par la société des actions qu'elle détenait dans le capital de la société Crystal Finance n'avait pas pour conséquence l'extinction de son objet et n'impliquait donc pas sa dissolution, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé »¹. Cet arrêt mérite d'être remarqué car rares sont les occasions où la Cour de cassation ait eu à statuer sur cette cause de dissolution.

L'extinction de l'objet suppose naturellement que celui-ci soit épuisé, à savoir devenu juridiquement impossible². Toutefois, l'extinction de l'objet n'est cause de dissolution que si elle est totale³ et non partielle. La société

1. Par ailleurs, pour annuler la délibération sociale, la cour d'appel avait retenu que la cession litigieuse avait eu pour résultat de « gruger l'associé en désaccord avec les deux autres et de décider sans lui ». La chambre commerciale censure par le présent arrêt celui de la cour d'appel pour défaut de base légale au regard du principe selon lequel la fraude ne se présume pas, pour en avoir décidé ainsi sans expliquer en quoi les associés majoritaires auraient sciemment porté atteinte aux droits de l'associé minoritaire en éludant l'application d'une règle obligatoire.

2. S'agissant des disparitions physiques de l'objet par exemple celle d'un centre d'exploitation, la jurisprudence a considéré qu'il ne s'agit pas d'une disparition de l'objet en admettant que la société peut se poursuivre grâce au jeu de la subrogation s'opérant sur l'indemnité d'assurance (Cass. req., 3 décembre 1924 : Rev. sociétés 1925, p. 11).

3. Illustrent cette hypothèse, par exemple, la révocation d'une concession minière dont l'exploitation constituait l'objet social (Cass. civ., 17 décembre 1934 : S. 1935, 1, p. 651) ; l'annulation d'une vente faite à une société d'immeubles industriels qu'elle avait pour objet d'exploiter (CA Paris, 23 juillet 1894 : S. 1895, 2, p. 105) ou d'un contrat de licence de marque qui avait imposé la constitution de la société dont l'objet exclusif était sa mise en œuvre du savoir-faire concédé (T. com., Marseille, 22 janvier 2001 : RJDA 4/02, n° 387).

Pour un brevet : Cass. 9 décembre 1980 : JCP Cl, 1980, I, 9513) ; la perte du nombre minimum légal d'experts-comptables (Cass. com., 3 mai 1995 : Bull. Joly 1995, p. 746, § 257, note J.-F. Barbiéri ; RJDA 1995, n° 850, Dr. sociétés 1995, n° 181) ; le divorce des époux associés d'une SCI ayant pour objet la gestion d'un patrimoine privé acquis au cours du mariage (CA Pau, 23 janvier 2006 : Dr. sociétés 2006, comm. n° 71, note H. Lecuyer).

ne doit donc pas avoir la possibilité d'exercer d'autres activités que celles qui ont disparues. Toute la difficulté réside dans la détermination du caractère total ou non de l'extinction. Sa résolution dépend de la définition du critère pris en compte : l'objet social statutaire (1) ou l'activité réelle de la société (2).

1. Extinction de l'objet et objet statutaire

Dans l'arrêt du 7 octobre 2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a, indiscutablement, pris position en faveur d'un critère formel : la mesure de l'extinction de l'objet s'apprécie en considération de l'objet social tel qu'il a été défini dans les statuts. La solution avait déjà été accueillie par certains juges du fond⁴. C'est ainsi qu'en l'espèce la société doit sa vie sauve à une clause de style en matière d'objet social de *holding*. L'objet statutaire portant sur « l'acquisition, la gestion et l'administration de titres de sociétés », la cession par la société *holding* des actions qu'elle détenait dans le capital de la société *Crystal Finance* n'a pas eu pour conséquence d'épuiser son objet. Ces statuts lui laissaient, en effet, la possibilité d'acquérir des titres d'autres sociétés.

La solution conduit à plonger en sommeil la société *holding* dans l'attente de l'acquisition de nouveaux titres⁵, sans que cette cessation d'activité n'entraîne sa dissolution de plein droit⁶. On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité de la solution lorsque la société *holding* n'a en réalité été constituée que pour détenir et gérer les titres d'une seule société. C'est dire que la dissolution devra se trouver d'autres voies parmi celles offertes par l'article 1844-7 du Code civil (décision des associés, décision judiciaire pour mécontentement etc.).

Cette lecture littérale de l'objet statutaire conduit à écarter la dissolution pour les sociétés dont l'objet social est rédigé de manière plus large que l'activité réelle⁷.

2. Extinction de l'objet et activité réelle

La Cour de cassation écarte dans la présente affaire une définition substantielle de l'extinction de l'objet social centrée sur l'activité réelle de la société. La cour d'appel avait en effet fondé sa décision sur le fait que les actions de la société *Crystal finance* constituaient le seul actif de la société *holding* et que leur cession équivalait à la dissolution de cette dernière⁸. C'était confon-

dre actif social et objet social⁹. La solution de la Haute juridiction qui censure cette décision en se fondant sur l'objet statutaire doit à cet égard être approuvée, car la prise en compte de l'activité réelle de la société ne saurait conduire à réduire l'objet statutaire pour motiver la dissolution. Si la rédaction d'un objet social plus large que l'activité réelle permet à la société de diversifier ses activités sans avoir à modifier ses statuts, elle permet aussi d'éviter cette dissolution.

Reste l'hypothèse dans laquelle la société cesse totalement son activité statutaire, mais continue d'exercer une activité réelle non stipulée dans ses statuts¹⁰. Logiquement, l'application du critère d'extinction de l'objet statutaire posé par l'arrêt du 7 octobre 2008 entraîne mécaniquement la dissolution de la société dès l'épuisement de cet objet sans considération d'une éventuelle activité réelle. Cette cause de dissolution intervient de plein droit, sans que les associés n'aient leur mot à dire, sans qu'ils puissent obtenir en justice un délai pour régulariser leur situation en modifiant l'objet social¹¹. Aussi, l'activité réelle perdurant ne pourrait être exercée que dans le cadre d'une société créée de fait entre les mêmes associés. Et la dissolution ne pourrait guère être évitée par le jeu d'une transformation de la société en société en participation, puisque la mutation d'une société dotée de la personnalité morale en société en participation nécessite la dissolution de première. Cette solution s'avère donc très rigoureuse.

Pour s'y opposer, il pourrait être fait application de la jurisprudence « Canal de Suez »¹² qui, en 1959, fit prévaloir l'activité réelle sur l'activité statutaire pour maintenir la société en vie. Sa conciliation avec l'arrêt du 7 octobre 2008 conduirait alors à ce que le critère formel de l'extinction de l'objet fondé sur l'objet statutaire s'applique unilatéralement, dans le sens d'une tentative de réduction de l'objet statutaire à l'objet réel et non en sens inverse.

La meilleure prévention contre la dissolution pour extinction de l'objet demeure donc la rédaction d'un objet social large si la société ambitionne une diversification de ses activités. Toutefois, en ce qui concerne les sociétés à risque illimité, il ne faut pas non plus perdre de vue que la plénitude des pouvoirs des gérants trouve sa limite dans l'objet social, de sorte que les associés auront tout intérêt à ne pas retenir un objet trop large.

I.R.

4. CA Paris, 29 janvier 1999 : *Juris-Data* n° 1999-020252 ; CA Paris, 6 oct. 2005 : *Juris-Data*, n° 2005-295003 ; CA Versailles, 27 janvier 2005 : *Juris-Data* n° 2005-266312 ; CA Aix-en-Provence, 12 janvier 2006 : *Juris-Data* n° 2006-306221.

5. Sur la société en sommeil, v. J. G. La mise en sommeil d'une société est-elle une cause de dissolution ? *Petites affiches*, 31 août 1979, n° 1979 ; P. Diener, Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 81 ; G. Notté, Les sociétés en sommeil, *JCP G* 1981, I, 3022.

6. Cass. com., 17 janv. 1977 : D. 1977, IR, p. 311, obs. J.-C. Bousquet ; *Gaz. Pal.* 1978, 2, p. 519, note J. Guyénot ; *JCP CI*, 1978, II, 12653.

7. Il en aurait été différemment si les statuts avaient limité l'objet à l'acquisition et la gestion des titres de la société *Crystal Finance*.

8. La cour d'appel avait d'ailleurs assimilé les parts sociales la société civile *holding* aux actions de la société *Crystal finance* ! V. le moyen de cassation : *Juris-Data* n° 07-18.635.

9. V. en ce sens, *Omnidroit*, Newsletter, 2008, n° 24.

10. Il peut s'agir d'une activité que la société exerçait déjà en marge de son objet statutaire et qu'elle continue à exercer après la cessation de l'activité statutaire ou bien encore une activité nouvelle. Ce dernier cas se rencontre notamment dans le cadre du rachat par une société *holding* d'une filiale, la *holding* exerçant après la fusion l'activité de la société cible ou une autre activité.

11. Cass. com., 3 mai 1995 : précité.

12. T. com. Seine 22 juin 1959 : *J. sociétés* 1959, p. 193 ; *Gaz. Pal.*, 1959, II, p. 222.

Opération de *leverage buy out* (LBO) – Étendue de l'information du comité central de la société cible – Refus d'information de la direction – Saisine du juge des référés – Accès aux informations de l'expert mandaté par le comité central d'entreprise – Comptabilité consolidée (oui) – Pacte d'actionnaires (oui) – Plan de remboursement de l'emprunt contracté (oui) – Business plan (oui) – Prix de cession des actions (oui) – Liste des dirigeants actionnaires (oui).

Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, 23 septembre 2008 n° 07-18 879, Comité central d'entreprise et société Alter c/ SA Benedicta, arrêt non publié

Les opérations de rachat d'entreprise avec recours massif à l'emprunt (*leverage buy out* – LBO) sont des opérations périlleuses car elles fondent leur succès sur la capacité de l'« entreprise cible » à dégager suffisamment de marges bénéficiaires pour rembourser les échéances des emprunts contractés par ceux qui en ont pris le contrôle. Les difficultés actuelles rencontrées par telles initiatives, résultant de la crise financière, confirment leur fragilité et les risques qu'elles représentent pour les salariés concernés¹³. Il est donc normal que les représentants de salariés accèdent aux informations financières et comptables de nature à comprendre les montages réalisés. Encore faut-il déterminer celles qui seront pertinentes et justifier leur accessibilité.

Dans l'espèce commentée, l'opération de LBO avait été menée de façon habituelle. En janvier 2006, une société Korissia, elle-même détenue par une société Paxos, avait pris le contrôle financier – par une acquisition d'une fraction importante du capital – de la société Kos, société mère du groupe Benedicta. Pour réaliser le projet, la société avait eu recours à l'emprunt. De plus, comme cela se pratique habituellement, les dirigeants de la société cible avaient été impliqués dans le montage par une attribution d'actions dans le cadre d'un *business plan*¹⁴. Pour sécuriser le montage juridique un pacte d'actionnaire avait été conclu entre les investisseurs.

En se fondant sur l'article L.434-6 du Code du travail (aujourd'hui L.2325-35), le comité central d'entreprise de la société Benedicta avait saisi le juge des référés pour obtenir communication entre les mains de l'expert-comptable mandaté par ses soins ; communication de document concernant l'opération de LBO, notamment les éléments comptables ayant servi à la valorisation des actions du *business plan*, la liste des dirigeants détenant ou ayant détenu des actions

dans le montage juridique et du prix des actions ainsi que de la plus-value réalisée par les actionnaires.

La cour d'appel de Douai, dans son arrêt du 29 juin 2007, faisait droit aux demandes d'information du comité central d'entreprise et ordonnait communication non seulement du *business plan*, mais aussi de la liste des actionnaires, du prix de vente des actions, du plan prévisionnel de remboursement de la dette, du montage juridique et financier conçu pour prendre le contrôle du groupe Benedicta et du pacte d'actionnaires¹⁵.

Dans son pourvoi, la société Benedicta s'opposait à cette demande de communication d'information, en soutenant que soit les documents avaient été déjà communiqués, soit que certains documents n'avaient pas à être communiqués, soit, enfin, que d'autres documents ne pouvaient être communiqués.

Dans son arrêt du 23 septembre 2008, la Cour de cassation rejette les arguments du pourvoi et confirme la décision en considérant :

- que tous les documents demandés existaient nécessairement ;
- que les pièces déjà communiquées à l'expert étaient insuffisantes ;
- que l'existence d'un pacte d'actionnaire était établie et que ce document devait être communiqué.

Par ce rejet, la Cour de cassation reconnaît aux représentants du personnel le droit d'accéder à la connaissance de la mécanique financière intime d'une opération de LBO. Cette décision respecte la mission du comité d'entreprise définie par le législateur : « Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise... »¹⁶. Mais pour donner toute sa force à la reconnaissance de ce droit, il fallait que la chambre sociale écarte deux séries d'arguments, les uns fondés sur l'inexistence des documents demandés (I) et les autres sur l'inaccessibilité des informations réclamées (II). Par une analyse de la technique du LBO et des relations entre les sociétés du groupe, la Cour de cassation trace le périmètre du droit à l'information du comité central d'entreprise.

1. Une présomption d'existence de documents

Le principe de la mission de l'expert-comptable acquis, son étendue est définie de façon fonctionnelle par l'article L.2325-36 du Code du travail : « La mission de l'expert-comptable porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la

13. V.C.Gatinois, Les entreprises endettées en LBO entrent dans une zone à risque, *Le Monde*, 8 novembre 2008.

14. Un *business plan* ou plan d'affaire ou simplement plan d'entreprise est un résumé de la stratégie d'entreprise, des actions et moyens qu'un entrepreneur ou dirigeant de société compte mettre en œuvre dans un projet entrepreneurial afin de développer au cours d'une période déterminée les activités nécessaires et suffisantes pour atteindre les objectifs visés.

15. Le pacte d'actionnaire est un contrat passé entre les actionnaires, soumis au droit commun des contrats qui peut avoir plusieurs objectifs :
- soit d'organiser la cession ou la transmission des actions,
- soit relatif au fonctionnement de la société.
Pour une présentation des différents types de pactes v.M.Coizan, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec 20^e éd., p. 321 et s.

16. Code du travail, article L.2323-19.

compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise ». De même, le Code du travail ne fournit pas la liste des documents à fournir par la direction de l'entreprise à l'expert-comptable, mais livre un périmètre fonctionnel. L'article L.2325-37 du Code du travail le définit par référence à la mission du commissaire aux comptes : « Pour opérer toute vérification ou tout contrôle entrant dans l'exercice de ses missions, l'expert-comptable a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes ».

La norme d'exercice professionnel des commissaires aux comptes, homologuée par arrêté du 14 décembre 2005¹⁷ prévoit en son article 9 que le commissaire aux comptes a accès sans restriction à tout document comptable, pièce justificative ou autre information demandée dans le cadre de ses interventions. La violation de ce droit très étendu d'accès à l'information est considérée comme un délit d'entrave et sanctionnée comme tel¹⁸. En cas de refus de la direction de l'entreprise pour se faire communiquer un document, la voie judiciaire la plus empruntée reste le référé¹⁹. Toutefois, l'expert-comptable ne peut exiger la production de documents n'existant pas et dont l'établissement n'est pas obligatoire dans l'entreprise. L'expert-comptable ne peut, en particulier, exiger la rédaction de documents, notes, rapports, synthèses... qu'elle n'est pas légalement obligée de réaliser²⁰. C'est probablement sur cette jurisprudence de la chambre sociale que les demandeurs se sont fondés pour soutenir que les demandes de communication formulées par l'expert étaient trop vagues ou évoquaient des documents dont l'existence n'était pas établie.

Ainsi, à l'appui du premier moyen, la société *Benedicta* soutenait qu'il n'existait pas de documents comptables ayant conduit à la fixation du prix des actions et de plan prévisionnel de remboursement de la dette contractée à l'occasion de l'opération de LBO. Dans le second moyen, le demandeur au pourvoi soutenait aussi que l'existence d'un pacte d'actionnaire n'avait pas été établie et que la cour d'appel de Douai ne pouvait se fonder sur une présomption d'existence du document. Ce faisant, elle se serait déterminée par un motif d'ordre général et violé l'article 455 du Code procédure civile.

Pour écarter ces moyens, les magistrats de la chambre sociale vont d'abord relever que la cour de Douai avait constaté que des documents prétendus inexistants avaient bien été établis et, ce qui est intéressant, les magistrats vont utiliser la technique de la présomption. De la mécanique juridique et financière des opérations de LBO, ils vont déduire l'existence de documents. Ainsi, une opération de LBO, suppose un achat d'actions pour s'assurer du contrôle de la société cible. Une fraction importante du capital de la société cible va changer de mains. Il faudra s'entendre sur le prix de cession de ces

actions. Cet achat sera rendu possible grâce au recours à l'emprunt extérieur par la société à l'initiative de la prise de contrôle. Cet emprunt sera remboursé par les dividendes versés à la société contrôlant par la société cible. De ce montage juridique et financier, la chambre sociale va déduire que « nécessairement », il devait exister un plan de remboursement de la dette contractée. Ce document était, en effet, la clef pour le succès de l'opération. Et, pour établir ce plan de remboursement, il fallait évaluer la capacité de dégager des marges bénéficiaires de la société cible pour déterminer quelle pouvait être le montant des échéances de remboursement de l'emprunt contracté par la société prédatrice. C'était un document indispensable. La Cour de cassation en déduit qu'il devait nécessairement exister et pour l'établir, les deux sociétés devaient collaborer. En conséquence, selon l'arrêt commenté, le comité central de l'entreprise de la société cible devait y avoir accès. De plus, l'arrêt mentionne le fait que les deux sociétés faisaient partie d'un groupe dont les comptes étaient consolidés. Or, le commissaire aux comptes a, dans ses activités de contrôle, accès aux comptes consolidés en application de l'article L.823-14 al.1 du Code de commerce. Donc l'expert désigné devait pouvoir examiner ce document. Mais, il s'agit d'un autre sujet, celui de l'accessibilité à des documents dont l'existence est établie.

2. L'accessibilité des documents

Une opération de LBO a pour effet de créer un groupe de sociétés, certes un peu original, puisqu'il est composé a minima d'une société holding, la société dominante, et d'une société filiale, la société cible. Dans l'espèce commentée, la structure était un peu plus étoffée puisqu'il y avait une cascade de deux sociétés coiffant au moins deux autres sociétés, filiale et sous filiale. Il était donc normal que la définition du périmètre d'accès à l'information dans le cadre d'un LBO tienne compte de la jurisprudence sur l'accès à l'information de l'expert dans le cadre d'un groupe²¹. Or, lorsqu'une société fait partie d'un groupe de sociétés, la jurisprudence a dessiné un périmètre d'accès à l'information plus large que celui d'une entreprise isolée. Elle a, en effet, tenu compte de la législation applicable à la mission du commissaire aux comptes dans le cadre d'un groupe. L'article L.823-14 al.1 du Code commerce prévoit que le commissaire aux comptes peut procéder à des investigations et examiner des documents non seulement auprès de la société qu'il contrôle, mais aussi auprès des sociétés mères ou filiales de cette dernière. Il s'agit alors des sociétés mères et filiales au sens de l'article L.233-1 du Code de commerce, c'est-à-dire des sociétés qui possèdent plus de 50 % du capital de la société contrôlée ou dont celle-ci détient plus de 50 % du capital. Mais, par ailleurs, en cas d'établissement des comptes consolidés, les commissaires peuvent procéder à des investigations dans toutes les entreprises comprises dans la consolidation (C. com.art.L.823-14, al.1).

17. J.O.n°296, du 21 déc.2005.

18. Cass. crim.23 avr.1992, n°90-84031.

19. Cass. soc. 11 mars 1992, n°89-20670, publié bulletin; Dr. trav.1992, com.192.

20. Cass. soc.27 mai 1997, n°95-20156 et 95-21882, Bull. civ. V, n°192; RJS 1997-533, n°827.

21. Cass. soc.27 nov.2001, RJS 2/2002, n°194; Dr.soc.2002, p.164, obs.G.Couturier.

La consolidation est une technique de présentation comptable imposée par l'article L.233-16 du Code commerce qui permet d'avoir une photographie de la réalité économique et financière d'un groupe grâce une unification des comptabilités de chacune des sociétés du groupe, comme s'il existait une seule entité comptable. L'obligation d'intégrer la comptabilité d'une société dans celle du groupe dépend de l'existence d'un contrôle exclusif exercé par une société sur une autre :

- soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;
- soit de la désignation pendant deux exercices successifs de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ;
- soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires²².

Dans l'arrêt commenté, la société *Benedicta* contestait le droit à l'expert d'avoir accès à des documents sociaux et comptables détenus par d'autres sociétés concernées par l'opération de LBO. Il s'agissait des documents comptables ayant servi à déterminer le prix des actions, le *business plan*, la liste des actionnaires, des documents permettant de calculer la plus-value réalisée par l'actionnaire sortant, ainsi que du pacte d'actionnaire. En relevant que l'ensemble des sociétés impliquées dans le LBO avait fait l'objet « d'une consolidation des comptes des sociétés filiales de la société *Paxos* », dominant le groupe, la chambre sociale utilise la règle de présentation comptable pour définir le périmètre d'accès à l'information de l'expert mandaté par le comité central de la société *Benedicta*. Mais, pour donner toute sa respiration à la règle, l'arrêt va assurer toute sa plénitude à la transparence de l'information au sein du périmètre défini. En effet, la société *Benedicta* soutenait que certains documents contractuels, dont le pacte d'actionnaires, ne pouvaient être communiqués car il s'agissait de pièces où la société était tierce. La Cour de cassation écarte l'objection en constatant que non seulement les documents concernaient les sociétés aux comptes consolidés mais aussi que ces sociétés avaient le même dirigeant, partie au pacte. Ces deux traits suffisaient à les rendre accessibles. Cette exigence de transparence juridique et financière est non seulement fondée en droit mais légitime

Société en participation – Absence de personnalité morale – Appel de fonds – Cession de créances professionnelles – Compensation dans les rapports entre associés participants.

Cass. com. 20 mai 2008, Société Eiffage construction Ile-de-France c/ Sté Crédit Lyonnais LCL, Bull. Civ. IV n° 104; Dr. sociétés oct. 2008, n° 201, note R. Mortier

L'absence de personnalité morale est le trait caractéristique de la société en participation. Il en résulte notamment que la société en participation ne peut avoir de patrimoine distinct de celui de chaque associé et qu'elle ne peut être créancière ou débitrice d'une obligation.

Dans un arrêt du 20 mai 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation déduit de ces principes que les créances d'appel de fonds résultant d'une société en participation ont pour titulaires les coassociés du débiteur et non la société en participation : une compensation peut, dès lors, jouer directement entre les co-associés, même pour des créances rattachées à la société en participation. En cette espèce, une société en participation avait été constituée, pour la réalisation d'un ensemble immobilier, entre deux entreprises. L'une d'elles, après avoir fourni à ce titre certaines prestations, a cédé les créances correspondantes par bordereau Dailly à une banque qui a notifié ces cessions à la société coparticipante, gérante de la société en participation. La gérante, se prévalant des clauses du contrat de société, a refusé de payer en invoquant l'inexécution par la société cédante de son obligation de fournir une caution bancaire de garantie de bonne fin ainsi que la compensation avec une somme due par cette société au titre d'un appel de fonds qui lui avait été adressé. Le banquier cessionnaire a fait assigner la gérante en paiement des créances cédées.

Est cassé l'arrêt d'appel qui, pour écarter l'exception de compensation invoquée par la gérante, a énoncé que l'obligation invoquée pour faire jouer la compensation ne bénéficie qu'à la société en participation, même s'il appartient à la société gérante de la mettre en œuvre. De sorte que la gérante n'est pas créancière au titre de l'appel de fonds et ne peut en conséquence invoquer la compensation qui suppose des créances réciproques entre les deux mêmes personnes : « En statuant ainsi, alors qu'une société en participation, n'étant pas une personne morale, ne peut être créancière d'une obligation, la cour d'appel a violé l'article 1871 du Code civil ».

Q.U.

1. La société en participation n'a pas la personnalité morale

Le principe est incontournable et inhérent à la notion même de société en participation : la société en participation n'a pas la personnalité morale.

En pratique, les participants peuvent aménager les relations qui s'établissent au sein de la société en participation par une tenue de comptes faisant apparaître la société en participation comme une entité

22. Les comptes consolidés, qui comprennent un bilan, un compte de résultat et une annexe appréhendent les comptes de toutes les sociétés placées sous le contrôle direct ou indirect de la société (C.com.L233-20).

autonome, sans toutefois pouvoir porter atteinte au principe d'absence de personnalité morale.

Quelques exemples permettent de mesurer les limites de ces aménagements et la prédominance du principe.

– Juridiquement, il n'y a pas d'actif social en ce sens qu'un tel actif ne peut pas être la propriété de la société en participation. Toutefois, les biens affectés à la réalisation de l'objet social de la société en participation forment souvent un fonds social, une communauté patrimoniale entre associés structurée sous la forme d'une indivision : les biens affectés à la société en participation sont alors soumis au régime de l'indivision.

– La société ne peut être titulaire de comptes bancaires, mais il est admis qu'un compte ouvert au nom du gérant fasse référence à la société en participation et que des formules de chèques soient délivrées au gérant²³.

– Les associés de la société en participation conviennent librement du fonctionnement de celle-ci : cette liberté contractuelle leur permet de mettre en place une gérance ou toute autre forme de direction. Cependant, l'absence de personnalité morale de la société induit immédiatement une réserve : le dirigeant ne peut représenter la société. Il n'agit pas au nom et pour le compte de celle-ci. Il s'agit plutôt d'une représentation imparfaite, le dirigeant étant personnellement engagé et pouvant, le cas échéant, engager également un ou plusieurs associés de la société mais non celle-ci en tant que telle.

2. La société en participation est un contrat entre associés

Ne pouvant être créancière ou débitrice, la société en participation ne peut être impliquée dans un rapport de compensation qui implique deux obligations de

même nature entre deux personnes réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre.

La compensation pourra, en revanche, jouer dans les rapports entre associés participants de la société, sous réserve que les créances et dettes aient bien pour support le rapport contractuel né de la société en participation.

Il a été jugé que l'existence d'une indivision, non dotée de la personnalité morale, n'est pas un obstacle à la compensation de ce que peuvent se devoir réciproquement les héritiers indivisaires²⁴. Or la structure de la société en participation est comparable à une indivision avec laquelle elle se confond bien souvent : les relations entre participants peuvent être des relations entre indivisaires.

Encore faut-il qu'il y ait bien cette qualité d'associés ou d'indivisaire qui apparaisse pour qu'il puisse y avoir compensation dans les relations entre créanciers et débiteurs.

Il a été jugé, en effet, qu'il ne peut y avoir compensation entre deux obligations dans lesquelles les parties ne figurent pas avec la même qualité²⁵. Ainsi, il ne peut y avoir de compensation entre la créance de l'un des indivisaires sur l'autre à titre personnel et la dette de cet indivisaire envers l'indivision²⁶. De même, la compensation ne peut jouer entre les dettes de la succession et une créance personnelle de l'héritier bénéficiaire²⁷.

En appliquant ces principes, la compensation ne pourra jouer au sein d'une société en participation dans les rapports entre associés que s'ils interviennent en cette qualité d'associé ou de gérant de la société, pour des créances ou dettes en rapport avec l'activité de cette société et non pour des créances ou dettes purement personnelles à l'un d'eux.

M. S.

23. CA Paris, 27 juin 2002 : RJDA, 2003, n° 274 ; CA Versailles, 28 octobre 1999 : RJDA, 2000, n° 42 ; CA Paris, 4 avril 1997 : Bull. Joly Sociétés, 1997, p. 681, § 256, note É. Garaud : rejet d'une action en responsabilité contre le banquier ayant attribué la jouissance d'un compte et d'un carnet de chèques à une société en participation, sous la signature du principal animateur de cette société.

24. Cass. 1^{re} civ. 10 décembre 1969, Bull. Civ. I, n° 319 ; D. 1969, p. 165, RTDCiv. 1969, p. 565 obs. Y. Loussouarn ; Cass. 1^{re} civ. 17 décembre 1991, Bull. Civ. I, n° 355.

25. Cass. com. 7 février 1983 : Bull. civ. IV, n° 49.

26. Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997 : Dr. et patr. 1997, n° 1691, obs. Bénabent.

27. Cass. civ. 1^{re}, 2 mai 2001 : Bull. civ. I, n° 116 ; D. 2001. IR. 1672 ; RTD civ. 2002. 131, obs. J. Patarin.