

Chronique de Droit des Sociétés

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



Centre du droit de l'entreprise de
l'Université Robert Schuman, Strasbourg

Groupe de sociétés. Conventions conclues entre une société mère et sa filiale concernant des locations d'immeuble, détachement de personnel et engagement de frais communs. Conventions réglementées (C. com., art. L. 225-38) (non). Conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales (C. com., art. L. 225-39). Obligation de requérir l'autorisation préalable du conseil d'administration (non). Absence de conséquences dommageables (C. com., art. L. 225-42). Annulation (non). Responsabilité des dirigeants (non).

Cour d'appel de Paris, 25^e ch., sect. B, 17 octobre 2003, SA Sydelis Ingénierie c/Luthi et autre, paru au Bull. Joly Sociétés, février 2004 § 35 p. 224, note Dominique Schmidt.

Une filiale d'un groupe de sociétés avait passé avec la société mère des conventions relatives à une location d'immeuble, des détachements de personnel et des engagements de frais communs. Les premiers juges comme les magistrats de la cour d'appel ont relevé que les opérations avaient été facturées à leur coût de revient, qu'il s'agissait d'opérations courantes relevant de l'article L.225-39 du Code de commerce, qu'« en aucune façon les conventions en cause se sont révélées insupportables pour la surface financière de la société filiale ». La cour d'appel souligne que, grâce à ces opérations, la société filiale avait pu fonctionner car elle ne possédait ni personnel, ni locaux, ni moyens propres. Elle écarte l'argument fondé sur l'éventuelle erreur de gestion

relative à la rentabilité de la société filiale créée par les dirigeants de la société mère. Elle constate enfin l'absence de conséquences dommageables pour la société filiale, condition requise par l'article L.225-42 du Code de commerce pour l'annulation des conventions conclues en violation de la procédure d'autorisation prévue par l'article L. 225-38.

La loi n° 2001-420 NRE du 15 mai 2001 a introduit de nouvelles règles pour tenter de réduire, voire d'exclure les conflits d'intérêts entre dirigeants ou des actionnaires d'une société et celle-ci. Une retouche est intervenue à l'occasion de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. L'article L. 225-38 du Code de commerce impose désormais que « toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société contrôlant au sens de l'article L. 233-3 », soit soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Cette procédure s'applique aussi aux mêmes personnes lorsqu'elles sont indirectement intéressées. C'est sur ce texte que se fondait une société filiale SA Sydelis Ingénierie pour faire constater une violation de la loi par la société mère et ses dirigeants et exiger application de la sanction prévue à l'article L. 225-42 du même Code : « Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article L. 225-38 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont des conséquences dommageables pour la société ». Mais les défendeurs soutenaient que ces opérations, location d'immeuble, détachement du personnel et engagement de frais communs constituaient des opérations courantes conclues à des conditions visées par l'article L. 225-39 du Code de commerce : « Les dispositions de l'article L. 225-38 ne sont pas applicables aux

20 L'article L.225-42 al 2 et 3 donne quelques indications sur le régime de la nullité : « L'action en nullité se prescrit par trois ans, à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a

été révélée. La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie ».

conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ». Les magistrats de première instance, comme ceux d'appel, ont suivi cet argumentaire en relevant que « dans le cadre de groupe de sociétés, les opérations telles que location d'immeuble, détachement de personnel et engagement de frais communs constituant des opérations courantes et, les dépenses engagées à ce titre, ayant été facturées à la société Sydélis à leur coût de revient, il s'agissait d'opérations relevant de l'article L 225-39 du Code de commerce qui ne nécessitaient pas l'approbation préalable du conseil d'administration ». Les juges ont par ailleurs relevé que les dépenses engagées par la filiale en exécution de ces contrats n'étaient pas « insupportables pour la surface financière de la société » et que, de plus, l'annulation des conventions non soumises à l'agrément du conseil d'administration, telle qu'elle est prévue par l'article L. 225-49 du Code de commerce, n'était possible que si les opérations n'avaient pas causé de conséquences dommageables, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ²⁰. À supposer donc que ces opérations n'aient pas été courantes et conclues à des conditions normales, l'absence de préjudice interdisait, selon l'arrêt du 17 octobre 2003, toute annulation. On conclut donc que des conventions passées avec une société peuvent être annulées pour n'avoir pas été autorisées dès lors qu'elles ont été conclues par l'une des personnes visées par l'article L. 225-38 du Code de commerce, dirigeant ou actionnaire, qu'elles ne sont pas courantes et conclues à des conditions normales, et enfin qu'elles ont causé « des conséquences dommageables » à la société contractante. L'arrêt rapporté est une invitation à s'interroger sur l'influence éventuelle de l'appartenance à un groupe de la société sur la réunion de ces conditions : influence de cette appartenance sur la notion d'opération courante et conclue à des conditions normales (1°), comme sur celle de conséquences dommageables (2°).

1. La notion d'opération courante conclue à des conditions normales et le groupe

La loi ne donne aucune indication sur ce qu'il faut entendre par « opération courante » et par « conditions normales ». Il faut donc se référer à la jurisprudence et à la doctrine pour en savoir plus. Une opération courante est une opération qui n'a rien d'anormal, qui correspond à l'activité habituelle de la société ou à des pratiques usuelles pour des sociétés placées dans une situation similaire. C'est le cas des conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés. Il est fréquent que dans les groupes de sociétés soit mis en place un *pool* de trésorerie pour faciliter la gestion des ressources et des besoins financiers de chacune des sociétés. Il arrive qu'une société ait pour objet social exclusif cette activité bancaire intra-groupe. C'est d'ailleurs une dérogation au monopole des établissements de crédit qui est expressément autorisée par l'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier. Dans un arrêt de la Cour d'appel du 2 avril 2002, qui a déjà fait

l'objet d'un commentaire dans la présente revue ²¹, les magistrats ont pu considérer que les avances de trésorerie litigieuses opérées de la société mère vers sa filiale s'inscrivaient dans le cadre d'une convention qui n'avait pas un caractère inhabituel dans un groupe de société.

Dans un souci de sécurité juridique, la commission des études juridiques du Conseil national des commissaires aux comptes a dressé, en 1990, une liste distinguant les opérations dans les groupes de sociétés ²² considérées comme habituelles de celles qui ne le sont pas. Certes, comme le soulignent les magistrats dans l'arrêt commenté du 17 octobre 2003, cette classification ne s'impose pas au juge mais il s'agit d'un premier indicateur fourni par des professionnels connaisseurs des relations commerciales et financières intra-groupe. Il s'agit :

- des transactions commerciales relevant de l'activité habituelle de l'entreprise ;
- des frais communs de groupe ;
- du détachement de personnel ;
- des transactions sur immobilisations incorporelles, corporelles ou financières ²³ ;
- des transactions financières (le caractère courant des prêts, avances, cautionnements, etc., sera présumé).

En revanche, les abandons de créances, subventions et prêts sans intérêts ainsi que les conventions passées avec les filiales n'échappent pas à la procédure d'autorisation de l'article L. 225-38 du Code de commerce, en raison de leur caractère inhabituel mais aussi de leurs conditions de conclusion anormales. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 13 décembre 2000, a exclu aussi des conventions habituelles entre sociétés l'accord consistant à transférer de l'une à l'autre la totalité des activités résultant de l'objet social ²⁴. Les conventions litigieuses passées entre SA Sydélis Ingénierie et Servant Soft pouvaient être considérées, prises isolément comme courantes au regard de la classification proposée par le CNCC : location d'immeuble, détachement de personnel et engagement de frais communs. Mais on pouvait s'interroger sur le fait que ces conventions avaient pour objectif de suppléer de surprenantes carences de la société filiale. Elle n'avait en effet ni personnel, ni locaux, ni moyens propres ! Nous ne sommes pas loin d'une sous-traitance de l'objet social, pratique censurée par la Chambre criminelle.

Mais, cet obstacle ne semble pas avoir arrêté les juges d'appel qui ont poursuivi leur analyse en constatant que les prestations avaient été facturées sans excès, à leur coût de revient. Par ailleurs, le caractère normal des conditions de conclusion de ces conventions s'est trouvé confirmé, aux yeux des magistrats, par une adéquation entre leur coût et la surface financière de la société, même si des incertitudes pouvaient exister compte tenu de ces engagements sur la rentabilité à venir de la société SA Sydélis. Cette démarche est conforme à l'interprétation que font habituellement la doctrine ²⁵ et la jurisprudence de « conditions normales ». Ce sont des conditions compa-

21 V. Banque & Droit, nov.-déc. 2002, p. 43.

22 Bull. CNCC 1990, n° 79, p. 289, BCF 1991, n° 51, P. 30.

23 Le critère d'habitude est retenu, sauf s'il s'agit d'un élément significatif pour la société.

24 Cass. crim. 13 déc. 2000, Bull. Joly 2001, n° 126, p. 499.

25 V. par ex., M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 16° éd., 2003, LITEC, p. 304.

26 Une convention passée entre la SA exploitant une clinique et une société de fait dont l'un des administrateurs est associé, dès lors qu'elle concède à la société de fait l'exercice de la radiologie et de l'échographie pendant une durée anormalement longue et sans contrepartie financière ou technique pour la SA (CA Aix en Provence, 8° ch. B, 27 janv. 1995, Bull. Joly 1995, p. 325).

rables à celles ordinairement appliquées dans la société en cause ou encore dans les sociétés du même secteur; ce peut être le prix, mais aussi les garanties, les obligations de chacune des parties, la durée, les pénalités, etc.²⁶. Dans le cadre d'opérations intra-groupe, les conditions normales devront être appréciées aussi selon la nature de chacune des opérations. Pour les frais communs, le CNCC recommande de considérer comme normale une facturation au prix de revient ou avec une marge raisonnable de nature à couvrir les frais indirects non-affectés. Pour les frais de détachement de personnel, c'est le coût de revient qu'il faut retenir. Toute marge est par ailleurs exclue en raison d'un risque d'infraction à la législation sur le travail temporaire et au prêt de main-d'œuvre (C. trav., art. L.124-1

27 Le célèbre arrêt Rozenblum permet d'imaginer une telle diversité: Cass. crim. 4 févr. 1985 D.1985, p. 478 note D.Ohl.

28 Cass. soc. 10 mai 1999, RJDA 1999, n° 1346, p. 1036.

al.2 et art. L.125-3). Le caractère normal sera présumé pour les transactions immobilières réalisées à un prix de marché lorsque celles-ci n'affectent pas de façon significative l'actif du bilan. Pour les transactions financières, l'appréciation du caractère normal de l'opération sera plus délicate, car il faudra tenir compte de plusieurs critères: importance des montants en cause, taux applicable au regard de la nature de l'opération, etc. Par un nouvel avis, le CNCC a précisé que si la société renonce à percevoir les intérêts prévus pour la mise à disposition des fonds, cette renonciation fait perdre à la convention son caractère courant et normal (Bull. CNCC 1995, n° 100, p. 539). Malgré ces indications doctrinales, il est clair que la qualification d'opération courante conclue à des condi-

29 Dominique Schmidt, sous l'arrêt, ici commenté, de la Cour d'appel de Paris du 17 octobre 2003: Bull. Joly, févr. 2004, p. 224.