

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



Faculté de droit de Strasbourg

Transmission d'entreprises familiales sous forme sociétaire – Donation en nue-propriété de parts ou actions – Exonération partielle des droits de mutation à titre gratuit – Droits de l'usufruitier – Engagement individuel et engagement collectif de conservation de droits sociaux

Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 28 (Journal Officiel du 3 août 2005)

Afin de favoriser fiscalement la transmission à titre gratuit d'entreprises familiales, la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 a institué un régime d'exonération de 50 % de la valeur des biens et actifs transférés par donation en pleine propriété ou par succession, subordonné à des conditions relatives à la stabilité du capital et à la direction de l'entreprise¹. Les donations avec réserve d'usufruit ne bénéficiaient pas de cette mesure. En effet, une doctrine fiscale considère qu'une renonciation totale à sa propriété doit bénéficier, au regard du principe d'égalité devant l'impôt, d'un traitement fiscal plus favorable qu'une renonciation partielle ; si, dans la décision du 31 juillet 2003², sur un recours formé par des parlementaires contre le régime d'exonération introduit dans la loi du 1^{er} août 2003, le Conseil constitutionnel a pu préciser que l'avantage attaché aux donations en pleine propriété n'est pas de nature à entraîner une rupture caractérisée du principe d'égalité devant les charges publiques, il était à craindre que ce grief soit retenu pour une extension de l'exonération aux

donations en nue-propriété : un régime d'exonération pour une donation de la nue-propriété de droits sociaux ne conférerait-il pas aux bénéficiaires un avantage fiscal injustifié par rapport à une transmission d'entreprise en pleine propriété, dans la mesure où le donateur, en sa qualité d'usufruitier, pourrait continuer à influencer directement sur la direction de l'entreprise par l'exercice de son droit de vote ?

Toutefois, une transmission d'entreprise avec réserve d'usufruit est une opération plus intéressante pour le cédant du point de vue fiscal (la charge est étalée sur plusieurs années) et financier (notamment comme dispositif complémentaire à la retraite).

Afin d'améliorer le dispositif d'exonération mis en place en 2003, tout en préservant le principe d'égalité devant l'impôt, la loi Dutreil du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a introduit deux aménagements importants :

- L'exonération passe de 50 % à 75 % de la valeur des biens transmis et soumis au calcul des droits de mutation.
- Le dispositif d'exonération partielle des droits est étendu aux donations avec réserve d'usufruit.

Cette réforme, qui vise la transmission d'entreprises familiales sous forme individuelle ou sociétaire, a dans le second cas des répercussions importantes dans le fonctionnement des sociétés, au regard des droits de l'usufruitier d'une part, et des conventions d'actionnaires d'autre part.

Droits de l'usufruitier – Pour respecter le principe d'égalité fiscale des contribuables, le législateur introduit deux dispositions particulières relatives aux droits de l'usufruitier de parts ou actions.

Il est précisé que l'allègement des droits de mutation à titre gratuit s'applique à la seule "*condition que les droits*

1. C. David, Transmission d'entreprise et loi sur l'initiative économique, Bull. Joly sociétés 2003, § 232

2. Décision n° 2003-477 du 31 juillet 2003 (JO, 5 août 2003, p. 13464)

de vote de l'usufruitier soient statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices": le pouvoir de contrôle de l'usufruitier sur l'entreprise est ainsi restreint à un seul type de décision prise en assemblée, et il est alors possible d'assimiler sa situation à celle du donateur en pleine propriété. Il conviendra dès lors dans une telle situation de convoquer aux assemblées le nu-propriétaire et l'usufruitier, en respectant dans l'exercice du droit de vote la limitation des pouvoirs de l'usufruitier. Les statuts devraient pouvoir limiter cette réduction des pouvoirs aux seuls usufruitiers se prévalant du dispositif de l'article 787 B du CGI, les autres usufruitiers pouvant avoir des droits de vote plus étendus.

Une seconde différence de traitement entre les donations en pleine propriété et les donations avec réserve d'usufruit est introduite, afin de favoriser fiscalement les premières par rapport aux secondes : les articles 787 B et 787 C du CGI sont tous deux complétés par une disposition expresse précisant que, pour les seules donations avec réserve d'usufruit, l'exonération qu'ils prévoient n'est pas cumulable avec la réduction autorisée à l'article 790 du CGI qui ouvre aux donations en nue-propriété une réduction sur les droits liquidés de 35 % lorsque le donateur est âgé de moins de 65 ans et de 10 % lorsqu'il est âgé de 65 ans révolus et de moins de 75 ans.

Engagement individuel et engagement collectif de conservation des parts et actions – Les parts ou les actions transmises à titre gratuit doivent faire l'objet d'un engagement collectif de conservation d'une durée minimale de deux ans en cours au jour de la transmission, qui a été pris par le défunt ou le donateur, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, avec d'autres associés.

Dans la perspective d'une cession massive de titres et d'une transmission du pouvoir de direction au sein d'une famille par voie de libéralité, les associés sont incités à conclure un pacte portant sur la conservation des actions ou parts sociales ; cette convention devant être en cours au jour de la transmission, la période écoulée avant la mutation à titre gratuit réduira d'autant la durée de conservation imposée au bénéficiaire de la libéralité. Cet engagement collectif de conservation doit porter sur au moins 20 % des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres émis par la société s'ils sont admis à la négociation sur un marché réglementé ou, à défaut, sur au moins 34 %, y compris les parts ou actions transmises. Les associés de l'engagement collectif de conservation peuvent effectuer entre eux des cessions ou donations des titres soumis à l'engagement. Pour être opposable à l'administration, cet engagement collectif doit être enregistré.

Un délai de conservation est imposé au bénéficiaire de la libéralité : chacun des héritiers, donataires ou légataires doit prendre l'engagement dans la déclaration de succession ou l'acte de donation de conserver les parts ou les actions transmises pendant une durée de six ans à compter de la date d'expiration de l'engagement collectif de conservation : il peut donc être judicieux de conclure l'engagement collectif de conservation à titre prévisionnel, pour faire courir au plus tôt ce premier délai de deux ans. Il n'est pas prévu d'assouplissement de cette mesure pour des cessions à des tiers qui s'engageraient à poursuivre

l'activité de l'entreprise pendant ce délai de six ans dans des conditions comparables : cet engagement individuel de conserver les actions ou parts sociales ne permettra pas à l'intéressé d'apporter avant l'échéance du terme ses droits sociaux dans une opération de fusion-acquisition, sous peine de perdre le bénéfice des avantages fiscaux obtenus.

L'un des associés ayant souscrit l'engagement de conservation collectif ou l'un des héritiers ou donataires doit exercer une fonction dirigeante ou son activité principale au sein de la société pendant les cinq années qui suivent la date de la transmission.

En dépit de ces mesures nouvelles, le régime applicable en France aux transmissions à titre gratuit d'entreprises sociétaires reste dans l'ensemble moins avantageux par rapport au régime applicable chez nos principaux partenaires au sein de l'Union européenne³.

M. S.

Révocation et licenciement d'un mandataire social ayant aussi la qualité de salarié – Groupe de sociétés – Salarié de la société mère – Mandats sociaux dans plusieurs sociétés filiales – Indemnité de révocation consentie par plusieurs filiales – Validité des indemnités de révocation (oui) – Absence d'atteinte à la règle de libre révocabilité du mandataire social – Absence de caractère dissuasif du montant des indemnités versées – Absence de fraude présumée résultant de la proximité de la date du licenciement de la date de fixation des indemnités conventionnelles.

Cour de cassation, chambre commerciale, 19 avril 2005, SA SFTF c/M. Y., arrêt inédit qui a déjà fait l'objet d'un commentaire de Thierry Favario, Bull.Joly 2005, p. 1233.

Plusieurs sociétés filiales, membres d'un groupe, partageaient un même mandataire social. Il était aussi salarié de la société mère. Dans un temps voisin de son licenciement pour faute grave par la société mère, ce dirigeant se voit attribuer des indemnités conventionnelles en cas de révocation par d'autres sociétés, dont il est président du conseil d'administration ou directeur général. Il agit en justice pour obtenir paiement des indemnités consécutives à ses révocations de ses mandats de président du conseil d'administration et de directeur général. À la suite de sa condamnation, une des sociétés filiales forme pourvoi devant la Cour de cassation en soutenant que la proximité de la date à laquelle le conseil d'administration avait délibéré pour fixer l'indemnité, de la date du licenciement révélait une fraude l'autorisant à s'abstenir de payer. La

3. V. l'étude comparative faite par C. David, art. préc., portant sur les droits applicables en Allemagne, en Espagne, en Italie ou au Royaume-Uni.

Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel en ce qu'il a considéré que les montants des indemnités de révocation n'étaient pas dissuasifs et ne portaient pas atteinte à la libre révocabilité du mandataire social. L'arrêt d'appel a aussi été validé en ce qu'il avait relevé que le sujet des indemnités de révocation avait été abordé dès l'engagement du dirigeant et sa nomination en tant que mandataire social, bien avant que les relations entre les parties se dégradent.

Les dirigeants français sont de mieux en mieux payés, pour certains, mais ils ont souvent des carrières au déroulement plus incertain⁴. En raison de cette insécurité, les conseils d'administration sont fréquemment sollicités, pour que soient octroyés à ces mandataires sociaux des *golden parachutes*, des indemnités de départ, ou plus généralement des avantages de toute nature ayant pour objectif de leur assurer une transition financière confortable vers d'autres fonctions ou la retraite. Le sujet est devenu brûlant lorsque les montants octroyés ont augmenté pour atteindre, parfois, l'excès⁵. Au cours de l'année 2005, le gouvernement a décidé de saisir le Parlement pour que soit adoptée une législation instaurant un contrôle plus étroit sur les indemnités de départ des dirigeants sociaux. Désormais, l'article 8 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie a prévu que les rémunérations différées octroyées aux dirigeants de sociétés cotées seront approuvées par l'assemblée générale des actionnaires dans le cadre des conventions réglementées et feront l'objet d'une information spécifique dans le rapport de gestion. En revanche, la loi nouvelle ne remet pas en cause l'exigence de la jurisprudence relative au fait que le montant de ces indemnités ne doit pas porter atteinte au principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux⁶. Mais, ces dispositions ne sont applicables qu'aux conventions conclues depuis le 1^{er} mai 2005. C'est ce qui explique que l'arrêt de la chambre commerciale du 19 avril 2005 concerne un litige où les indemnités de révocation, concédées à M. Y., après une décision des conseils d'administration des différentes sociétés concernées, n'avaient pas été soumises pour approbation aux assemblées des actionnaires, selon la procédure des nouveaux articles L. 225-22-1 et suivants du Code de commerce⁷. C'est donc le droit antérieur à la réforme législative qui s'applique aux modalités d'attribution des indemnités de révocation de M. Y. Le principe de ces indemnités semble avoir été abordé dès l'entrée en fonction de M. Y. dans le groupe, coiffé par la société CFG (Compagnie française de gestion) et qui comptaient, parmi ses membres, les filiales les sociétés SFTF et BFII. *"Une indemnité de révocation avait été prévue dès l'origine*

des relations entre les parties et négociées au gré des changements de mandats de M. Y.", constate la cour d'appel de Paris. Au cours de sa carrière dans le groupe M. Y. semble avoir cumulé un statut de salarié avec celui de mandataire social. Au moment où le conflit s'est noué, il était salarié de la société mère CFG et mandataire social des sociétés BFII et SFTF (président du conseil d'administration de BFII et directeur général SFTF). Il est licencié en août 1997 alors qu'il vient d'obtenir de la société BFII un engagement pour le versement d'une indemnité de révocation et il obtiendra aussi un même engagement le 1^{er} octobre 1997 de la société SFTF. Ultérieurement la société SFTF absorbera la société BFII. Comme la faute grave est privative de toute indemnité de licenciement, M. Y. ne percevra rien de son employeur. En revanche, il va se tourner vers les filiales de CFG pour leur demander paiement des indemnités de révocation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général. La société SFTF s'opposera au paiement des deux indemnités⁸, en développant deux séries d'arguments, sur lesquelles nous nous pencherons successivement : les montants excessifs portaient atteinte au principe de libre révocabilité (1) et la proximité de la date d'attribution de ces avantages par les conseils d'administration de la date de départ de M. Y. aurait révélé des manœuvres frauduleuses invalidant les engagements (2).

1. Un montant excessif, donc dissuasif ?

La jurisprudence a marqué initialement une réticence à la reconnaissance de la validité des indemnités en cas de révocation, versées aux dirigeants sociaux des sociétés anonymes⁹. Selon les magistrats, elles pouvaient porter atteinte au principe de libre révocabilité, qui est énoncé à l'article L. 225-47 du Code de commerce, pour le président du conseil d'administration et à l'article L. 225-55 du Code de commerce, pour le directeur général, dans les sociétés anonymes¹⁰. Mais, la jurisprudence a évolué et s'est faite plus souple. Ce changement d'attitude a conduit à leur reconnaissance, mais à la condition qu'elles ne soient pas dissuasives¹¹. Parallèlement, la possibilité de retirer ces avantages a été admise. Ainsi, un conseil d'administration peut les supprimer, en raison de difficultés économiques ou du manquement du dirigeant à son obligation de loyauté¹². La condition d'absence d'effets dissuasifs sur la décision de révocation n'est pas simple à apprécier. Il n'y a pas de règles objectives permettant de déterminer le montant qui a un caractère dissuasif. Il s'agit de se livrer à une appréciation subjective. Il faut

4. Sur la rémunération des dirigeants et sur la situation globale des dirigeants français v. par exemple Rapport de C. Caresche, député, sur le renforcement de la responsabilité individuelle des dirigeants et mandataires sociaux dans les SA ainsi qu'à la transparence et au contrôle de leur rémunération dans les sociétés cotées, Assemblée nationale, 5 mai 2004, doc. n°1585.

5. Les Échos, 25 avril 2005, "Le Pdg du groupe de distribution Carrefour aurait perçu, à la suite de son départ, 29 millions d'euros de complément retraite et 9,8 millions d'euros".

6. A. Viandier, "La soumission des indemnités de départ des dirigeants sociaux à la procédure des conventions réglementées", JCP éd.E 2005 p. 1585, sp. n°55.

7. Il ne semble pas que les sociétés du groupe impliquées dans le litige aient été cotées, ce qui constitue un second motif d'exclusion de l'appli-

cation de la loi du 26 juillet 2005

8. La société SFTF ayant absorbé la société BFII, M. Y. avait assigné la société SFTF pour le paiement des deux indemnités soit 1 114 200 francs pour la société BFII et 2 877 300 francs pour la société SFTF, ce qui représentait au total 3 991 500 francs

9. CA Paris, 5 juillet 1996, RJDA 1996 n°1350 ; T.com.Paris, 21 octobre 1996, RJDA 1997, n°1051.

10. Toutefois, depuis la loi du 15 mai 2001, le directeur général ne peut être congédié que pour justes motifs (C.com., art.L. 255-55)

11. Cass.com., 4 juin 1996, Bull.Joly novembre 1996, n°336, note A. Couret ou plus récemment Cass.com., 26 mai 2004, JCP éd.E 2004, p. 1344.

12. CA Paris, 19 mai 1998, RJDA 1998, n° 1242 ; CA Versailles, 31 janvier 2002, RJDA 2002, n° 779

répondre à la question : quel est le montant qui fera fléchir la volonté des administrateurs de se séparer du dirigeant ? La cour d'appel de Paris a, par exemple, procédé à un rapprochement entre l'indemnité et les résultats moyens des trois années d'exercice précédant l'année de la révocation¹³. L'arrêt commenté du 19 avril 2005 a admis que la cour d'appel de Paris avait mesuré l'impact du sacrifice imposé en prenant en compte le montant total des indemnités dues tant par l'une des sociétés par l'autre pour, ensuite, le comparer avec le résultat net de l'exercice 1997 de la société BFII et le chiffre d'affaires réalisé par la société SFTF, son bénéfice avant impôt, amortissement et provisions et enfin le montant des dividendes distribués la même année par cette société. La cour d'appel de Paris, dépassant l'indépendance de chacune des sociétés, aurait pu se placer à l'échelle du groupe. On peut voir en effet un lien de causalité entre la décision de licencier et la décision de révocation. Les deux sociétés SFTF et BFII étaient filiales de CFG l'employeur. Comment imaginer un licenciement pour faute grave sans que cette décision n'ait pas pour répercussion deux révocations dans les filiales contrôlées ? Un peu de réalisme aurait imposé la prise en compte d'une situation de groupe dans l'appréciation de l'effet dissuasif. Une évaluation de l'impact du sacrifice financier sur une situation consolidée était envisageable et cela d'autant plus que quelque temps plus tard les deux sociétés fusionnaient par absorption de BFII par SFTF. C'est d'autant plus dommage que la jurisprudence a déjà manifesté un certain réalisme. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation admet déjà que pour apprécier le caractère dissuasif, il faut s'intéresser aux indemnités non seulement convenues avec la société dont le dirigeant est mandataire, mais aussi aux indemnités versées par un tiers dans la mesure où ce dernier peut exercer une influence sur la décision de révocation¹⁴.

2. Une fraude révélée en raison des circonstances ?

La fraude peut entourer l'octroi de certains avantages destinés à indemniser le mandataire social en cas de révocation. La Cour de cassation l'a déjà admis par le passé. Ainsi, par exemple, un contrat de travail contenant une clause d'indemnisation a été annulé pour cause illicite en raison des circonstances entourant sa conclusion¹⁵. Un directeur salarié avait obtenu l'insertion d'une convention d'indemnisation particulièrement avantageuse dans son contrat de travail. Elle prévoyait qu'en cas de licenciement, celui-ci pourrait prétendre à une indemnité, s'ajoutant aux indemnités de licenciement et de préavis, d'un montant égal à la somme de toutes les rémunérations qu'il aurait pu percevoir jusqu'à son départ à la retraite. Ce contrat avait été conclu quatre jours avant sa désignation en qualité de directeur général de la même société. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel de Nîmes

lorsqu'elle a considéré que la clause d'indemnisation n'avait pas pour objectif d'indemniser le salarié en cas de licenciement comme il était indiqué, mais qu'en raison de la proximité de la date de conclusion de ce contrat de travail et de la date de désignation de la même personne en qualité de directeur général par le conseil d'administration, la véritable de cause était la volonté de dissuader les administrateurs de révoquer le dirigeant. Cette cause étant contraire au principe de libre révocabilité du mandat de directeur général, la Cour a estimé qu'il y avait bien nécessité d'annuler le contrat de travail et donc de priver la clause d'indemnisation de tout effet. Le raisonnement du pourvoi qui a donné lieu à la décision du 19 avril 2005 est similaire. Les engagements d'indemnisation pris par les deux sociétés SFTF et BFII ne pouvaient être valables car ils avaient été inspirés par la volonté de faire obstacle à une révocation imminente. Mais la cour d'appel a constaté que les clauses d'indemnisation avaient été évoquées et négociées tout au long de l'évolution professionnelle dans le groupe et que les décisions concomitantes à la révocation ne faisaient que "*confirmer les engagements préalablement pris*". Il n'y avait donc pas proximité, laissant présumer une fraude.

En conclusion, l'appréciation de la validité d'une convention d'indemnisation repose, pour l'essentiel, sur des appréciations subjectives. C'est un impact psychologique sur la personne des administrateurs qu'il faut mesurer. On pourra alors veiller à ce que l'engagement d'indemnisation soit pris dès l'engagement du dirigeant et que le vote relatif révèle une unanimité¹⁶. Le dosage du montant de l'indemnité exigera une expertise particulièrement affûtée, impliquant une très bonne connaissance de la variété des indicateurs économiques, financiers, et comptables retenus par la jurisprudence. Mais, pour dépasser ces incertitudes, ne faudrait-il pas simplement modifier la loi en prévoyant qu'un dirigeant ne peut être révoqué que pour justes motifs et qu'à défaut il y aura lieu à indemnisation, au besoin fixée par le juge¹⁷? Ce serait une façon aussi habile et efficace de veiller à ce que l'intérêt de la société soit mieux protégé. Ce n'est pas la voie choisie par la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie. Dommage!

Q. U.

13. CA Paris, 26 juin 1998, Bull.Joly Soc.1998, p1155, §354 note J.-Ph.Dom.

14. Cass.com., 4 juin 1996, Bull. Joly Soc.1996, p. 930, §336, note A. Couret

15. Cass.soc., 30 mars 1999, Bull.Joly novembre 1999, n° 259 note J.-Ph.Dom

16. cf note B. Saintourens sous Cass.com., 26 mai 2004, Bull.Joly novembre 2004, p.1407

17. Pour une critique du principe de libre révocabilité v. C. Prieto, note sous Cass.com., 26 novembre 1996, Bull.Joly n° 47

Apports en nature – Évaluation – Commissaire aux apports et à la fusion – Responsabilité – Préjudice personnel des associés.

La surévaluation des apports faits par un associé, qui se traduit par une majoration infondée de sa participation au capital social, cause de ce fait aux autres associés un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société et dont ceux-ci sont par suite recevables à demander réparation.

Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-13.1129, *Sté Total Fina Elf c/Sté X* (n° 983 FS-PBIR) : R/JDA n° 1177, *Rapport B. Petit*, p. 924.

Quel préjudice un associé est-il fondé à invoquer afin d'obtenir réparation ? C'est à cette interrogation qu'a répondu le 28 juin 2005, la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Les faits étaient les suivants. À l'automne 1992, la Bafip a fait l'objet d'une restructuration à l'issue de laquelle elle a pris le nom de banque Colbert. Au titre de ces opérations, elle a absorbé les sociétés Saga et Altus patrimoine et gestion et reçu par voie d'apport partiel d'actif les activités bancaires de deux autres banques (IBSA et Alter banque), ainsi que les titres Alter banque détenus par la société Altus finance. En 1998, la société Total Fina Elf et la société financière d'Auteuil (SFA), actionnaires minoritaires de la société Bafip ont assigné en responsabilité civile les commissaires aux apports et à la fusion ainsi que les sociétés commissaires aux comptes intervenues dans le contrôle des comptes de la banque Colbert et des sociétés ayant participé aux opérations de restructuration en alléguant avoir subi un préjudice du fait de la surévaluation des actifs apportés à cette société. La cour d'appel (Paris, 21 janvier 2003) a déclaré irrecevable cette demande au motif que l'action individuelle exercée, fût-ce à l'encontre de tiers, par les actionnaires ou anciens actionnaires d'une société dès lors que le préjudice dont ils demandent réparation ne leur est pas personnel, mais n'est que le corollaire de celui qui aurait été subi par la société elle-même. Elle relève qu'à la supposer réelle et même délibérée, la surévaluation des éléments d'actif objets des traités d'apport et du traité de fusion a porté atteinte au patrimoine de la banque Colbert, devenue propriétaire de ces éléments d'actifs qu'elle a rémunérés, de sorte que le préjudice consécutif à une telle surévaluation a été subi directement par la personne morale et que, loin de constituer un dommage distinct de celui causé à cette dernière, le préjudice que font valoir les sociétés Total et SFA, en raison des mêmes faits, au titre de la violation du principe d'égalité des actionnaires, tenant à une dépréciation de leurs actions et à une dilution excessive de leur participation, n'est qu'un effet de l'amoindrissement de l'actif social. Cette décision est cassée au visa de l'article 31 du nouveau Code de procédure civile au motif que "la

surévaluation des apports faits par un associé, qui se traduit par une majoration infondée de sa participation au capital social, cause de ce fait aux autres associés un préjudice qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société et dont ceux-ci sont par suite recevables à demander réparation". Selon le texte précité, l'action en justice est ouverte à ceux qui ont un intérêt légitime, entendu comme un intérêt personnel et direct. Ainsi l'associé ne peut-il être recevable à agir en responsabilité civile que s'il justifie avoir subi un préjudice présentant ces deux caractères. Or, la reconnaissance du caractère personnel du préjudice de l'associé est susceptible de poser des difficultés, en particulier lorsqu'un même fait, la surévaluation des apports, est à l'origine de deux préjudices. L'un d'eux consistant dans la dévaluation des titres n'est pas jugé réparable car en tant que corollaire du préjudice social, il n'est pas distinct de ce dernier (I) ; en revanche, celui résidant dans la dilution de la participation dans le capital social appelle au contraire indemnisation (II).

1. La non-réparation du préjudice par ricochet de l'associé

Pour être recevable à agir en réparation, l'associé doit avoir subi un préjudice personnel, distinct du préjudice social. S'il va sans dire que ce préjudice ne doit pas être le préjudice social, il ne doit pas non plus être un corollaire de ce dernier, un préjudice par ricochet. Ce dernier est mis en évidence par référence aux conséquences de la réparation du préjudice social, à savoir que si l'indemnisation de la société suffit à réparer le préjudice subi par l'associé, l'on est en présence d'un préjudice corrélatif non indemnisable. En pratique, le préjudice de l'associé donnant fréquemment matière à contentieux consiste, comme en l'espèce, dans la dépréciation des titres. Ce préjudice pécuniaire n'est en réalité qu'un effet de l'amoindrissement de l'actif social constitutif d'une atteinte au patrimoine de la société et donc qu'une conséquence du préjudice social¹⁸. Cette analyse s'explique d'ailleurs parfaitement si l'on considère que la valeur réelle des titres se définit comme le rapport entre l'actif net et le nombre de titres. Ne constituant qu'un corollaire, le préjudice de l'associé ne peut ouvrir droit à réparation comme l'a affirmé la cour d'appel de Paris dans la présente affaire sans être contredite par la Cour de cassation.

L'arrêt du 28 juin 2005 s'inscrit ainsi dans le droit fil de la jurisprudence décidant que l'associé n'est pas recevable à demander réparation du préjudice consistant dans la dépréciation de ses titres consécutive aux fautes commises par les dirigeants, au motif que ce préjudice n'est que le corollaire de celui causé à la société¹⁹. En effet, ce préjudice "n'ouvre pas d'action à celui qui en est victime parce que [il] sera suffisamment réparé par la réparation du préjudice principal, c'est-à-dire du préjudice social : le préjudice de l'associé est réparé, de la même façon qu'il est subi, par répercussion"²⁰. Et la règle vaut quelle que soit la qualité de celui dont la responsabilité est recherchée : diri-

18. La reconstitution de l'actif social par l'indemnisation assure au premier chef la réparation du préjudice subi par la société et, par ricochet, l'indemnisation de celui subi par les associés, mais la réciproque n'est pas vraie.

19. Cass. com., 26 janv. 1970 : Bull. civ., IV, n° 30 ; Cass. com., 1^{er} avril 1997 : R/JDA 5/97, n° 659 (2^e esp.) chron. A. Couret, p. 391 ; Cass. com., 15 janvier 2002 : R/JDA 6/02, n° 650.

20. B. Petit, rapp. préc. V. aussi, RTD com. 1997, p. 647.

geant, associé ou tiers, en l'espèce des commissaires aux apports et à la fusion. Elle vaut également quel que soit le fait générateur du dommage, faute de gestion d'un dirigeant ou surévaluation d'un apport.

À côté ou en dehors de tout préjudice par ricochet non réparable, l'associé peut subir un préjudice personnel dont il est fondé à demander réparation.

2. La caractérisation du préjudice personnel de l'associé

Comme en témoigne le présent arrêt, l'existence d'un préjudice personnel de l'associé distinct du préjudice social n'est pas une hypothèse d'école. Il consiste ici dans la dilution de la participation de l'associé dans le capital social. Selon la chambre commerciale, la surévaluation des apports faits par un associé se traduisant par une majoration infondée de sa participation au capital cause de ce fait aux autres associés un préjudice "qui n'est pas le corollaire de celui que subit la société". Pour autant, une simple dilution, même minime, suffit-elle à caractériser le préjudice de l'associé ? Si la cour d'appel s'était référée à une dilution "excessive", la généralité de la formule employée par la Haute juridiction milite en faveur de l'affirmative. Il n'est donc pas nécessaire que l'associé perde sa minorité de blocage, la majorité ou le contrôle de la société²¹, pour que son préjudice soit caractérisé. Il est

21. V. pour une illustration : Cass. com., 18 février 1997 : Bull. civ., IV, n° 59 ; RJDA 5/97, n° 659 (1^{re} esp.).

22. Cass. crim., 5 nov. 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 91, note B. Bouloc ; RJDA 2/92, n° 154 ; Cass. crim., 30 janvier 2002, n° 663 : Bull. crim.,

également indifférent que le fait à l'origine de ce préjudice soit parallèlement la cause d'un préjudice par ricochet non réparable. Dans la présente affaire, la surévaluation des apports avait à la fois causé, une dépréciation des actions, préjudice corollaire, et une dilution de la participation, préjudice personnel distinct. Il convient donc d'opérer sur ce terrain une distinction titre/finance en termes de dilution politique/pécuniaire. Seule la dilution de la participation dans le capital constitue un préjudice personnel de l'associé. Et ce préjudice, s'il fallait le préciser, est un préjudice moral.

D'autres préjudices personnels pourront, le cas échéant, ouvrir droit à réparation. Hormis celui causé par un abus de droit, l'on citera celui qui résulte de la publication de comptes infidèles ou de la diffusion d'une information fautive ou trompeuse à l'origine d'une erreur d'appréciation sur la valeur des titres par l'associé en dehors de toute atteinte au patrimoine social²². Même en ce cas, l'on peut admettre la recevabilité d'une action en réparation d'un préjudice individuel distinct consistant non pas dans la dépréciation des titres, mais dans la perte d'une chance d'éviter des pertes²³ ou en un préjudice moral.

Enfin, la détermination d'un préjudice personnel de l'associé, distinct du préjudice social, ne pourra manquer d'être mise en perspective dans le débat sur l'introduction d'une *class action* à la française. ■

I. R.

n° 14 ; RJDA 6/02, n° 646 et n° 662, Bull. crim., n° 15 ; JCP G 2002, I, n° 188, n° 5.

23. Revente des titres à pertes ou conservation des titres alors que le cours s'est effondré.

AVIS AUX LECTEURS Les articles publiés par la revue Banque & Droit n'expriment que le point de vue de leurs auteurs respectifs. Le contenu de ces articles n'engage pas la revue Banque ou la FBF qui n'entendent pas prendre position à leur égard.

COMITÉ DE RÉDACTION : **Thierry Bonneau**, Université Panthéon Assas (Paris II) ; **Gérard Gardella**, Société Générale ; **Jean-Louis Guillot**, BNP Paribas ; **Nicolas Molfessis**, Université Panthéon Assas (Paris II) ; **Hubert de Vauplane**, BNP Paribas.

BANQUE & DROIT *Une publication de la Revue Banque* – 18 rue La Fayette, 75009 Paris.

■ Fondateur : François de Juvigny. ■ Adresse Internet : www.revue-banque.fr – Fax : 01 48 24 12 97.

■ **DIRECTEUR DE LA PUBLICATION** Olivier Robert de Massy.

■ **SECRÉTAIRE GÉNÉRAL** Joël Berger. ■ **RÉDACTION** Rédacteur en chef : Elisabeth Coulomb.

Secrétariat de rédaction : 1^{er} secrétaire de rédaction : Charlotte Poupon (01 48 00 54 16) ; Christine Hauvette (01 48 00 54 10).

■ **MAQUETTE** 1^{er} maquettiste : Emmanuel Gonzalez, Alexandra Démétriadis.

■ **COMITÉ DE LECTURE** MM. Thierry Bonneau, Alain Cerles, Gérard Gardella, Jean-Louis Guillot, Jean-Pierre Mattout, Michel Storek, Gérard Wissing.

■ **ABONNEMENTS** ABOCOM, 26 boulevard Paul Vaillant-Couturier 94851 Ivry-sur-Seine Cedex

Tél. : 01 49 60 06 61, Fax : 01 49 60 10 55, e-mail : revuebanque@abocom.fr

■ **ASSISTANTE ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE** Virginie Baillard (01 48 00 54 54).

■ **PUBLICITÉ GÉNÉRALE** Isabelle Conroux (01 48 00 54 20)

CPPAP – N° 0609 T 84972, Imprimé à Pulnoy (54) par SPEI, Dépôt légal 4^e trimestre 2005.

La reproduction totale ou partielle des articles publiés dans Banque & Droit, sans accord écrit de la Société Revue Banque Sarl, est interdite conformément à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.