

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

Principe du contradictoire. Demande de désignation d'un mandataire judiciaire. Assignation du gérant. Défaut de mise en cause de la société. Irrecevabilité de la demande.

*Cass. com. 3 novembre 2004, D 2004, AJ, note A. Lienhard.
CA Paris 3 déc. 2004, 14^e ch. B, RG n° 04/13634.*

La société est nécessairement partie à l'instance tendant à la désignation d'un mandataire chargé de provoquer la délibération des associés.

Par application du principe du contradictoire, une action en référé tendant à la nomination au sein d'une société d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire, doit être formée contre la société et non contre son dirigeant. Cette exigence procédurale s'impose alors même que la disposition légale ouvre cette action aux associés suite à une décision de refus du dirigeant.

Ainsi, pour les sociétés civiles, il est précisé à l'article 39 du décret du 3 juillet 1978 qu'un associé peut à tout moment, par lettre recommandée, demander au gérant de provoquer une délibération des associés sur une question déterminée. Si le gérant s'oppose à la demande ou garde le silence, l'associé demandeur peut, à l'expiration du délai d'un mois à dater de sa demande, solliciter du président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, la désignation d'un mandataire chargé de provoquer la délibération des associés. L'article 39 du décret de 1978 ne précise pas que la société doit être mise en cause dans cette action, alors que l'article 38 mentionne que lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs associés, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses

¹ Ainsi, la désignation d'un administrateur provisoire peut être demandée par requête si elle n'a pas un caractère contentieux, notamment parce qu'elle tend à mettre fin à un vide juridique en redonnant à la société un représentant légal dont elle était

représentants légaux. La Cour d'appel de Metz avait déduit d'une lecture comparative des articles 38 et 39 du décret du 3 juillet 1978 qu'il n'était pas nécessaire de mettre en cause la société pour une demande en désignation d'un mandataire: une telle demande, introduite contre le gérant de la société, sans mise en cause de la société, a été déclarée recevable dans la mesure où elle n'est pas une action sociale exercée contre la société par un associé (CA Metz, 13 juillet 2000). La Cour d'appel de Paris a elle aussi interprété l'article 39 du décret de 1978 à la lumière des dispositions de l'article 38, en jugeant que l'action engagée par un associé sur le fondement de l'article 39 du décret du 3 juillet 1978 ne l'oblige pas, à peine de nullité, à mettre en cause la société (CA Paris, 14^e ch. B, 3 déc. 2004).

L'arrêt de la Cour d'appel de Metz est cassé: en statuant ainsi, alors que la société est nécessairement partie à l'instance tendant à la désignation d'un mandataire chargé de provoquer la délibération des associés, la cour d'appel a violé le principe du contradictoire: nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée (Cass. com. 3 nov. 2004, D 2004, AJ p. 3000, obs. A. Lienhard).

Bien que l'assignation en référé fasse suite au refus opposé par le gérant, c'est la société qui doit être mise en cause, et non le gérant. En effet, l'article 39 n'ouvre pas une voie de recours contre la décision de refus du gérant. L'associé n'est pas tenu d'établir que la décision du gérant, prise en sa qualité de dirigeant de la personne morale, est abusive ou non fondée: l'associé, investi du pouvoir de provoquer une délibération des associés sur une question déterminée, exerce cette prérogative en s'adressant au gérant ou, en cas de refus, au juge des référés. Le refus opposé par le gérant confère néanmoins à la suite de la procédure un caractère contentieux: une désignation par voie de justice ne peut, dès lors, être demandée par voie de requête, c'est une procédure contradictoire qui est ouverte par voie de référé par l'article 39 du décret de 1978¹.

dépourvue; en revanche une assignation en référé est nécessaire dès lors qu'un dirigeant ou un associé conteste le bien-fondé de la désignation ou du renouvellement: Cass. com. 10 déc. 1996, Rev. Sociétés 1997, p. 343, obs. Y. Guyon.

La solution retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation a une portée qui ne se réduit pas aux seules sociétés civiles : tout associé d'une société civile ou commerciale dotée de la personnalité morale, qui exerce une prérogative sociale dans le cadre d'une procédure contentieuse contre la société, doit respecter le principe du contradictoire, en veillant à bien assigner la société, partie à l'instance. Peu importe que le texte ouvrant cette action mentionne ² ou non ³ la mise en cause de la société : de telles mentions ne fixent pas une exigence procédurale spéciale, et ne sont qu'une application du principe du contradictoire formulé à l'article 14 du nouveau Code de procédure civile. Le demandeur ne peut se contenter d'assigner le dirigeant en sa qualité de représentant de la personne morale : il a été jugé ainsi que l'assignation délivrée à une personne physique, quand bien même y serait-il mentionné que celle-ci est prise en sa qualité de représentant d'une personne morale, ne permet pas d'assigner valablement cette personne morale dans une procédure ⁴.

M. S.

Sociétés. Attributions d'actions gratuites. Rémunération des cadres dirigeants. Loi de finances pour 2005.

La loi de finances pour 2005 instaure un régime attractif d'attribution gratuite d'actions par les sociétés, cotées ou non, au profit de leurs salariés et dirigeants (loi de finances pour 2005, JO 31 déc. 2004, art. 83).

Depuis le 1^{er} janvier 2005, les entreprises françaises, qu'elles soient ou non cotées, peuvent distribuer gratuitement des actions à leurs dirigeants et salariés, en bénéficiant d'un régime fiscal et social avantageux.

Dans les mécanismes utilisés en France pour assurer la rémunération variable à moyen terme des cadres dirigeants, les plans de stock-options étaient à ce jour d'un poids excessif au regard du faible développement des attributions gratuites d'actions.

Présenté aux parlementaires comme un nouvel outil de rémunération à moyen terme des cadres dirigeants, le nouveau régime d'attribution d'actions gratuites pourrait prendre le relais des plans de stock-options.

L'attribution de stock-options s'avère en effet moins intéressante pour les bénéficiaires, en période de repli boursier ; ces attributions ont eu pour effet d'inciter les dirigeants à adopter une gestion de l'entreprise tournée vers des profits à court terme. En outre, les nouvelles normes comptables IFRS obligent les entreprises à comptabiliser les stock-options en charges, ce qui réduira d'autant leurs bénéfices. Enfin le régime des stock-options ne bénéficie, en pratique, qu'à une partie des cadres dirigeants des entreprises.

² V. par ex. dans le décret du 23 mars 1967 : art. 46 et 201 (exercice d'une action sociale dans une SARL ou une SA), art. 44-4 et 195 (demande d'expertise de gestion pour les SARL et les SA), art. 188 (action en récusation des commissaires aux comptes).

³ V. par ex. dans le décret du 23 mars 1967 : art. 12 et 43 (désignation en justice d'un commissaire aux comptes dans une SNC ou Sarl) ;

Pour réduire la surpondération des stock-options, la réforme introduite par la loi du 31 décembre 2004 aligne le régime fiscal des attributions gratuites d'actions aux salariés et dirigeants, sur celui des stock-options.

1. Les modalités d'attribution sont précisées aux articles L 225-197-1 et suivants du Code de commerce.

Les actions attribuées pourront être nouvelles (la distribution interviendra dans le cadre d'une augmentation de capital) ou déjà existantes (issues d'un programme de rachat d'actions par l'entreprise).

L'assemblée générale extraordinaire, sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre. Elle fixe le pourcentage maximal du capital social pouvant être ainsi attribué. L'attribution des actions à leurs bénéficiaires est définitive au terme d'une période d'acquisition dont la durée minimale est déterminée par l'AGE, mais ne peut être inférieure à deux ans (durant cette période, les droits résultant de l'attribution gratuite d'actions sont incessibles). L'assemblée générale extraordinaire fixe également la durée minimale de l'obligation de conservation des actions par les bénéficiaires ; cette durée court à compter de l'attribution définitive des actions, mais ne peut, elle non plus, être inférieure à deux ans. La période d'indisponibilité des actions distribuées gratuitement s'éleve ainsi à quatre ans.

Pour limiter les risques de conflits d'intérêts dans les sociétés cotées, les actions ne peuvent pas être cédées à l'issue de la période d'obligation de conservation :

- dans le délai de dix séances de bourse précédant et suivant la date à laquelle les comptes consolidés, ou à défaut les comptes annuels, sont rendus publics ;
- dans le délai compris entre la date à laquelle les organes sociaux de la société ont connaissance d'une information qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence significative sur le cours des titres de la société, et la date postérieure de dix séances de bourse à celle où cette information est rendue publique.

C'est le conseil d'administration (ou le directoire) qui détermine l'identité des bénéficiaires des attributions d'actions et fixe les conditions et, le cas échéant, les critères d'attribution des actions. L'assemblée générale extraordinaire fixe le délai pendant lequel cette autorisation peut être utilisée par le conseil d'administration ou le directoire, qui ne peut excéder trente-huit mois. Le nombre total des actions attribuées gratuitement ne peut dépasser 10 % du capital social

Le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, les membres du directoire ou le gérant d'une société par actions peuvent se voir attribuer des actions de la société dans les mêmes

art. 122 (nomination d'un mandataire chargé de convoquer une assemblée).

⁴ Cass. com. 7 avril 1992, Bull. Civ. IV, n° 147 p. 103 ; dans le même sens : Cass. civ. 2^e, 5 avr. 1991, Bull. Civ. II, n° 111 : doit être cassé l'arrêt prononçant condamnation contre une société alors que seul son dirigeant était en cause, et qu'elle n'avait été ni entendue ni appelée.

conditions que les membres du personnel salarié. Il ne peut toutefois être attribué d'actions aux salariés et aux mandataires sociaux détenant chacun plus de 10 % du capital social (cette condition concerne principalement les sociétés non cotées à caractère familial). Une attribution gratuite d'actions ne peut pas non plus avoir pour effet que les salariés et les mandataires sociaux détiennent chacun plus de 10 % du capital social.

2. Le régime fiscal et social de ces attributions gratuites d'actions est particulièrement intéressant pour la société et pour les bénéficiaires : l'attribution gratuite d'actions n'est pas taxée comme un salaire. L'imposition des bénéficiaires est reportée au jour de la revente des actions selon les modalités suivantes :

- la plus-value d'acquisition, égale à la valeur du titre à la date d'acquisition, est imposée au taux de 30 % ;
- la plus-value de cession, égale à la différence entre le prix de cession et la valeur du titre au jour de l'acquisition, est imposée au taux de 16 % (CGI, art. 80 quaterdecies, nouv. et 200 A, mod.)

Ces taux s'appliquent sauf si le bénéficiaire a décidé d'opter pour l'imposition selon le barème progressif de l'impôt sur le revenu. Le détenteur des actions pourra payer l'impôt sur les plus-values avec le produit de la cession des titres.

Il est précisé à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale que les attributions gratuites d'actions effectuées conformément aux dispositions des articles L. 225-197-1 à L. 225-197-3 du Code de commerce sont exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale si sont respectées les conditions d'attribution fixées par le conseil d'administration ou, le cas échéant, le directoire ; à défaut, l'employeur est tenu au paiement de la totalité des cotisations sociales, y compris pour leur part salariale.

Le régime d'attributions gratuites d'actions ne devrait pas être en concurrence directe avec le plan d'épargne retraite populaire (PERP) et le plan d'épargne retraite collective (Perco) ; il ne s'agit pas d'une opération d'épargne salariale mais d'une rémunération complémentaire, incitative, en nature, au profit des cadres dirigeants des sociétés.

M. S.

Abus de biens sociaux. Paiement par un dirigeant d'une caution judiciaire et de dettes personnelles avec des fonds de la société de droit étranger. Incrimination non prévue par les articles L. 241-3, L. 242-6 du Code de commerce. Impossibilité de poursuites pénales. Cassation pour absence de base légale

⁵ La jurisprudence considère aussi que l'infraction d'abus de biens sociaux peut être relevée dans la gestion d'une EURL, qui est une sorte de déclinaison de la SARL : Cass. crim. 14 juin 1993, Rev. soc. 1994, p. 90, note B. Bouloc ; Cass. crim. 20 févr. 2002, Rev. soc. 2002, p. 546, note B. Bouloc. En revanche, l'existence d'une société en nom collectif (SNC) interdit toute qualification d'abus de bien social : Cass. crim. 3 oct. 1963, Gaz. Pal. 964, 1, p. 126.

d'une décision de condamnation du dirigeant d'une société de droit étranger pour abus de biens sociaux. En revanche, les poursuites pénales pour abus de confiance auraient pu être envisagées.

Cour de cassation, chambre criminelle, 3 juin 2004, cet arrêt a déjà été commenté dans des revues : Bulletin Joly sociétés, nov. 2004, p. 1373, § 273 note M. Menjucq et JCP ed. E et aff., 28 oct. 2004, p. 1736 note M. Ramon.

Un administrateur d'une société basée à Jersey était poursuivi pour avoir payé une caution judiciaire le concernant et fixée par un magistrat instructeur français ainsi que des loyers pour son logement personnel en France, avec des fonds provenant de comptes bancaires ouverts en France, appartenant à la société dont il était l'un des dirigeants. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence l'avait condamné pour abus de biens sociaux sur les fondements des articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce. Dans son arrêt du 4 juin 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que ces poursuites n'étaient pas fondées car l'abus de bien social est une infraction qui ne peut être réprimée que dans un nombre limité de situations dont aucune ne correspond aux faits poursuivis. L'arrêt d'appel est donc cassé et les magistrats de la Cour de cassation, dans leur décision, indiquent que des poursuites pénales auraient pu être engagées sur le fondement de l'abus de confiance (C. pén., art. L.314-1).

Créer une société à Jersey plutôt qu'en France n'a pas que des intérêts fiscaux pour ses fondateurs, associés ou dirigeants. L'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation montre qu'un tel choix peut aussi se révéler utile au plan pénal en permettant à ses dirigeants d'échapper à des poursuites, en France, pour abus de biens sociaux. En effet, les magistrats de la haute juridiction font une application stricte de l'incrimination d'abus de bien social en limitant son champ d'application aux seules sociétés visées par les textes, la SARL (C. com., art. L. 241-3)⁵ et la société anonyme (C. com. art. L. 242-6)⁶. A priori, cette prise de position pourrait s'analyser comme un encouragement à la pratique du « *law shopping* ». Toutefois, l'arrêt souligne que l'infraction d'abus de confiance aurait pu être utilisée pour poursuivre les dirigeants de la société de droit étranger, limitant ainsi les effets d'aubaine de cette implantation étrangère. De même, l'action en comblement de passif en cas de procédure collective permet, dans certaines situations, d'atteindre des dirigeants qui se croyaient protégés par l'effet des frontières.

1. A priori, un encouragement au « *law shopping* »... Le thème du « *law shopping* » est très débattu depuis l'arrêt important, *Inspire Art*, rendu par la

⁶ Toutefois, l'article L. 243-1 du Code de commerce relatif aux infractions concernant les sociétés en commandite par actions prévoit, par un renvoi à l'article L. 242-6 du Code de commerce, que cette forme sociale autorise la poursuite d'infractions pour abus de bien social. Il en va de même pour l'article L. 244-1 du Code de commerce en ce qui concerne la société par actions simplifiées.

CJCE le 30 septembre 2003 ⁷. En effet, la CJCE a admis que les fondateurs et associés d'une société, désireux de s'implanter dans un pays membre, pouvaient s'affranchir des règles de constitution imposées aux sociétés du pays d'accueil, dès lors que la société avait été régulièrement constituée dans un autre pays de l'Union et qu'il projetait d'y créer une succursale. Cette règle a pour effet de permettre aux fondateurs d'une société de contourner des règles de constitution jugées gênantes dans un pays où la société doit avoir une activité réelle. Cette jurisprudence s'adosse à la liberté d'établissement des personnes morales, qui trouve son fondement dans les articles 43 et 48 du Traité de la Communauté européenne (CE). Cette possibilité est offerte avec, comme seule limite, l'abus du droit d'invoquer la liberté d'établissement. Il ressort, par ailleurs, d'une jurisprudence constante que « *le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer ensuite des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique de la liberté d'établissement garantie par le traité* » ⁸. En permettant de dissocier le lieu de création de la société et son lieu d'activité réelle, la CJCE incite en conséquence les fondateurs et associés d'une structure sociale à faire une sorte de « shopping », destiné à comparer les avantages et les inconvénients des règles applicables aux sociétés avant de choisir le lieu de création de leur structure juridique.

Dans une logique similaire, ne peut-on pas imaginer qu'une comparaison des législations répressives pourrait inciter des fondateurs, dirigeants ou associés à préférer implanter leur structure sociale hors de France, sur le territoire de l'Union, même si les activités de cette société se déploient sur le territoire français ? En choisissant un pays à fiscalité avantageuse, dont les règles de constitution des sociétés sont souvent allégées, les initiateurs de ce contournement pourraient alors faire coup triple : avantage fiscal, facilités de constitution de la société, et protection pénale contre l'abus de bien social ! Mais c'est aller un peu vite dans ses commentaires, car il subsiste au moins deux gardes-fous sérieux : l'abus de confiance et l'action en comblement de passif en cas de procédure collective.

2. ... Limité toutefois. Dans son arrêt du 3 juin 2004, la chambre criminelle casse la décision de condamnation de l'administrateur de la société installée à Jersey pour abus de bien social, mais simultanément signale qu'il aurait été possible de le poursuivre pour abus de confiance. Pour comprendre cette réserve, il faut distinguer les deux infractions et leur régime. L'abus de bien social est une infraction qui consiste, pour un dirigeant, à faire, de mauvaise foi, usage des biens de la société qu'il

savait contraires à l'intérêt de la société, « *à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était directement ou indirectement intéressé* » ⁹. Comme nous l'avons vu plus haut, cette infraction ne peut être relevée que pour les formes sociales visées par le Code de commerce. L'abus de confiance a une définition plus large et un champ d'application plus vaste, même si certaines situations délictueuses lui échappent ¹⁰ : « *L'abus de confiance est le fait, par une personne, de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés, à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* » (C. pén., art. L. 314-1). Cette définition permet en particulier de poursuivre les dirigeants délinquants dans de nombreuses situations où l'infraction d'abus de bien social est inopérante. C'est par exemple le cas lorsque la forme sociale est une société de personnes, qui n'est pas visée par les articles L. 241-3, L. 242-6, L. 243-1 et L. 244-1 du Code de commerce. C'est le cas aussi lorsque la société est étrangère comme le précise la chambre criminelle dans son arrêt du 2 juin 2004. Certes, la sanction prévue par le Code pénal est un peu plus douce. Si la peine d'amende est identique (375 000 euros) ¹¹, la peine de prison est au maximum de trois ans alors que pour l'abus de bien social elle est de cinq ans maximum. Mais, il reste que risquer de passer trois ans en prison pour avoir payé une caution judiciaire et s'être acquitté de loyer à l'aide de fonds appartenant à la société a des vertus dissuasives. De même que si la société est étrangère, le règlement communautaire 1346/2000 ¹² sur les procédures d'insolvabilité n'interdit pas d'envisager d'appliquer le droit français et en particulier les dispositions permettant d'agir contre un dirigeant en comblement de passif. L'article 3 du règlement précité, sur la compétence internationale permet à une juridiction nationale d'ouvrir une procédure dès lors que la société a un de ses centres d'intérêts principaux sur le territoire national. Imaginons un instant que la société ayant son siège à Jersey a une partie importante de ses activités en France, le risque d'une ouverture de procédure collective en France en cas d'insolvabilité est à prendre en compte dans le « shopping ». À la lumière de l'arrêt rendu le 5 mai 2004, par la chambre commerciale de la Cour de cassation, ce risque est à évaluer avec encore un peu plus d'attention. En effet, cette juridiction a considéré qu'une action en comblement de passif, engagée dans le prolongement d'une procédure collective ouverte en France, pouvait prospérer même si le dirigeant est étranger et a son domicile à l'étranger ¹³. Le dirigeant étranger peut être condamné à réduire le passif social en partie ou en totalité sur son patrimoine personnel. La protection des frontières n'est donc pas si étanche qu'elle y paraît à première analyse !

Q. U.

⁷ CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabriek voor Amsterdam et Inspire Art Ltd.

⁸ V. par exemple point 27 de l'arrêt CJCE 9 mars 1999, C-212/97, Centros, Rec. p. I-1459.

⁹ V. par ex. Cass. crim. 1^{er} mars 2000, Bull. n° 101 ; Rev. sociétés 2000, 576, note Boulouc.

¹⁰ C'est la raison pour laquelle l'infraction d'abus de bien social a été

créée par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

¹¹ Sauf en cas d'appel public à l'épargne où l'amende est augmentée à 750 000 euros.

¹² JOCE 30 juin 2000, L. 160/1.

¹³ Cass. com. 5 mai 2004, D.004 p. 1796, note J.-L. Vallens.

SNC. Cession de parts sociales. Contribution aux pertes.

Cass. com., 31 mars 2004, n° 00-17423, *Jeumont Industrie c/Alsthom Energie et a.* : Bull. Joly 2004, § 282, p. 1421, note P. Mousseron; *BJDA* 7/04, n° 833.

Dès lors que les statuts prévoient que les pertes sociales sont réparties entre associés à la clôture de chaque exercice, et qu'aucune clause de l'acte de cession litigieux n'impose au cédant de contribuer aux pertes survenues antérieurement, la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur une stipulation exonérant un associé de tout risque de perte, a exactement décidé que la société cédante, n'étant plus associée à la date de clôture de l'exercice, n'était pas tenue de contribuer aux pertes sociales réparties à cette date entre les associés.

Si la contribution aux pertes a lieu en principe à la dissolution de la société¹⁴, la règle n'est pas d'ordre public. Aussi, les statuts – ou une décision unanime des associés – peuvent-ils valablement prévoir une contribution anticipée en cours de vie sociale selon une périodicité qu'ils déterminent, notamment au rythme des exercices sociaux. L'intérêt d'une telle stipulation est de permettre la reconstitution des fonds propres. Mais que se passe-t-il si dans l'intervalle, entre deux exercices, intervient une cession de parts sociales? Le cédant est-il tenu de contribuer aux pertes apparues entre la date de la clôture de l'exercice précédent et la date de la cession? C'est à cette interrogation que répond la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 2004.

Les faits étaient les suivants. Les statuts de la SNC Alsthom-Jeumont stipulaient que les pertes sociales étaient réparties entre les associés à la clôture de chaque exercice, sachant que l'exercice court du 1^{er} avril au 30 mars de l'année suivante. Une cession de parts sociales entre associés a eu lieu au cours de l'exercice 1992, à savoir le 26 février 1993 – avec pour date de prise d'effet le 1^{er} janvier 1993. À l'occasion d'un litige intéressant la demande de remboursement, par le cédant, du solde créancier de son compte courant d'associés, le cessionnaire et la société lui ont opposé que ce solde devait être réduit du montant de sa contribution aux pertes pour la période du 1^{er} avril 1992 au 31 décembre 1992. Le 31 mars 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel de Paris (12 mai 2000) pour avoir donné raison au cédant au motif qu'*« ayant constaté qu'il résultait des statuts de la société que les pertes sociales étaient réparties entre associés à la clôture de chaque exercice, et estimé qu'aucune clause de l'acte de cession litigieux n'impose au cédant de contribuer aux pertes survenues antérieurement, la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur une stipulation exonérant un associé de tout risque de perte, a exactement décidé que la société cédante, n'étant plus associée à la date de clôture de l'exercice, n'était pas tenue de contribuer aux pertes sociales réparties à cette date entre les associés »*.

1. S'agissant de la portée de la clause statutaire en vertu de laquelle *« les pertes sociales sont réparties entre associés à la clôture de chaque exercice »*, l'arrêt commenté affirme que c'est bien la qualité d'associé à la date de la clôture de l'exercice dégageant des pertes qui détermine la contribution. Ainsi, lorsqu'une cession de parts sociales a lieu au cours d'un exercice, le cédant n'a plus la qualité d'associé à la date de la clôture de celui-ci¹⁵. Il n'a donc plus à contribuer à des pertes qui, par définition, n'étaient pas encore affectées au moment de la cession. On rappellera à cet égard que tant que l'assemblée générale n'a pas statué sur l'affectation des pertes et décidé de la contribution, ces pertes sont simplement potentielles¹⁶.

La date de la cession étant indifférente à la solution, les pertes mises statutairement à la charge des associés en cours de vie sociale ne se répartissent donc pas *pro rata temporis* entre cédant et cessionnaire au prétexte qu'elles seraient attachées à la propriété des parts sociales. En conséquence, il appartient au cessionnaire de supporter toutes les pertes dont l'origine est antérieure à la cession. À cet égard, l'on ne peut manquer de remarquer le parallélisme de cette solution avec celle rendue en matière de distribution de dividendes¹⁷. L'arrêt permet également de souligner la différence entre la contribution aux pertes, intéressant les rapports internes, et l'obligation aux dettes sociales concernant les rapports externes. En effet, l'associé qui cède ses parts reste tenu à l'égard des créanciers sociaux des dettes nées antérieurement à la cession.

Les inconvénients de la contribution du cessionnaire aux pertes de l'exercice ne sont cependant pas insurmontables. Il peut y être porté remède au moyen d'une clause idoine insérée dans l'acte de cession, clause par laquelle le cédant s'engage à prendre en charge la quote-part des pertes de l'exercice précédant correspondant à la période antérieure à la cession. Le présent arrêt se fonde d'ailleurs sur l'absence d'une telle clause.

2. En revanche, comme le précise la chambre commerciale, l'on ne peut déduire l'existence d'une clause léonine de la combinaison de la stipulation statutaire de contribution aux pertes en cours de vie sociale et du silence de l'acte de cession quant à la prise en charge des pertes antérieures par le cédant.

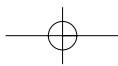
Il semble déjà difficile de soutenir que l'existence d'une clause léonine (C. civ., art. 1844-1 al. 2) réside précisément dans l'absence de clause de prise en charge des pertes par le cédant. Ce serait oublier que l'équilibre des rapports pécuniaires entre associés n'est pas affecté par cette absence. En effet, la clé de répartition des pertes n'est pas modifiée par la cession, et au moment où la perte est affectée par l'assemblée, il existe toujours un associé qui contribue aux pertes au lieu et place du partant. Cet associé est le cessionnaire. Aussi, dans les rapports internes, la cession est-elle neutre en termes de contribution aux pertes. Les « autres » associés n'ont pas à suppor-

¹⁴ Cass. com., 3 mars 1975 : Rev. sociétés 1975, p. 454, note D. Randoux; F. Kerdérian, *La contribution aux pertes sociales*, Rev. Sociétés 2002, p. 640.

¹⁵ Tout au moins au titre des parts cédées.

¹⁶ V. Cass. com., 13 nov. 2003, cette chronique, Banque & droit, n° 94, mars-avr. 2004, p. 45.

¹⁷ V. en dernier lieu : Cass. com., 9 juin 2004 : Bull. Joly 2004, p. 1404, § 278, note H. Le Nabasque.



ter les pertes dont aurait été exonéré l'un d'eux du fait de la cession. Et le fait que la cession s'opère en l'espèce entre associés ne change rien à la logique du système. Le cessionnaire déjà associé supporte les pertes au titre de sa nouvelle participation et, par ailleurs, au titre de sa participation antérieure. Reste que le cédant n'aura peut-être jamais participé à des pertes. Mais c'est la loi du genre dans les rapports internes. D'ailleurs, au regard de l'article 1844-1 du Code civil, le cédant n'en aura pas moins été valablement tenu pendant toute la période où il était associé.

Et la combinaison de l'absence de clause dans l'acte de cession et de l'existence d'une clause statutaire de contribution anticipée aux pertes ne change rien aux conclusions de l'analyse. Tout au plus restreint-elle l'impact du montant des pertes prises en charge par le cessionnaire comparativement à l'hypothèse d'une contribution à la dissolution!

Bien plus, à suivre la thèse du pourvoi, toute cession de parts non assortie de la fameuse clause tombe-

rait sous le coup de la prohibition des clauses léonines puisqu'aucune nuance n'est introduite selon qu'il s'agit d'une cession ferme (comme en l'espèce) ou d'une promesse à un prix fixé d'avance. En refusant de suivre l'argument du pourvoi, la chambre commerciale inscrit donc l'arrêt du 31 mars 2004 dans le droit fil de sa jurisprudence en la matière. La prohibition des clauses léonines ne s'applique en effet qu'aux conventions relatives à la répartition des bénéfices et des pertes entre associés et non à des conventions, mêmes conclues entre associés, ayant pour seul objet d'assurer, moyennant un prix librement convenu, une transmission de droits sociaux¹⁸.

Cette solution conforme aux préceptes du droit des sociétés est indéniablement très rigoureuse pour le cessionnaire préalablement associé. Telle la dure rançon d'une augmentation de sa prise de participation négociée un peu rapidement, sans prendre le soin de stipuler la prise en charge des pertes par le cédant.

I. R.

¹⁸ Cass. com., 19 oct. 1999 : JCP E 1999, p. 2067, note Y. Guyon. V. E. Claudel, *Clauses léonines extra-statutaires : les voies d'un compromis*, Mél. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 183.

www.revue-banque.fr



Accédez à plus de
10 000 références
spécialisées
en banque,
finance, économie,
droit, gestion.

