

# CHRONIQUE

## DROIT DES SOCIÉTÉS



**ISABELLE  
RIASSETTO**  
Professeur à  
l'Université du  
Luxembourg

### Augmentation de capital pour les petites SARL – Libération des parts nouvelles – Libération partielle (non) – Coût – Avances en compte courant.

Rép. min. Économie n° 33440 à M. M. Havard : JOAN Q, 14 juillet 2009, p. 7047.

Les règles de libération des parts sociales en numéraire à la constitution d'une SARL sont d'une très grande souplesse : la loi du 15 mai 2001 a permis de ne libérer les parts représentant des apports en numéraire qu'à concurrence d'un cinquième de leur montant, la libération du surplus pouvant intervenir ultérieurement et de manière fractionnée dans un délai de cinq ans suivant l'immatriculation<sup>1</sup>. En outre, la loi pour l'initiative économique, qui a permis de constituer des SARL avec un capital symbolique, a introduit un facteur supplémentaire d'allègement pour les associés dans la souscription de leurs apports.

Cette souplesse fait défaut si la libération porte sur les parts sociales souscrites en numéraire par augmentation de capital en cours de vie sociale : par une interprétation littérale de l'article L 223-7, le ministre de la Justice, tout comme le Comité de coordination du RCS, a considéré que les apports en numéraire effectués lors d'une augmentation de capital ne peuvent bénéficier de la libération partielle prévue par l'art. L. 223-7<sup>2</sup>. Cette interprétation stricte de l'article L. 223-7 est à nouveau formulée dans une réponse ministérielle du 14 juillet 2009 : « L'article L. 223-32 du Code de commerce définit le régime de l'augmentation du capital social des sociétés à responsabilité limitée (SARL) par souscription de parts sociales en numéraire. Cet article renvoie au dernier alinéa de l'article L. 223-7 du même Code qui organise les modalités de dépôt des fonds apportés à la société pour la constitution de son capital social lors de sa création. Le renvoi ainsi opéré, qui ne porte que sur le dernier alinéa de l'article L. 223-7, ne permet pas d'échelonner sur cinq ans la libération des parts créées à l'occasion d'une augmentation de capital. »<sup>3</sup>



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



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

1. C. com. art. L 223-7 al. 1<sup>er</sup>.
2. Rép. n° 15650, Dubernard : JOAN 14 juillet 2003, p. 5684. – Avis CCRCs, 2 décembre 2003 : Bull RCS 2003, n° 21/22, p. 7 ; BRDA 2003, n° 15-16, p. 3.
3. Rép. min. Économie n° 33440 à M. M. Havard : JOAN Q, 14 juillet 2009, p. 7047.

Cette analyse littérale ne tient pas compte de la finalité pratique des augmentations de capital, ni de leur coût.

L'objectif poursuivi par le législateur en 2001 était de calquer le régime de la libération des parts de SARL, à la constitution comme lors d'augmentation de capital, sur le régime applicable aux SA. Or pour les SA, la libération partielle est possible pour les augmentations de capital<sup>4</sup>. Un allègement des règles de libération des apports ne doit pas seulement faciliter la création de l'entreprise en autorisant les associés à immobiliser progressivement le capital social au rythme de la création de la clientèle : les augmentations de capital sont importantes également pour le renforcement des fonds propres des sociétés créées avec un montant réduit de capital. Certains auteurs considèrent que de la constatation que l'article L. 223-7 ne concerne que la constitution, on ne saurait déduire qu'il ne s'applique pas aux augmentations de capital, le fait que le législateur n'ait pas réglementé cette hypothèse devant rendre aux associés toute liberté pour décider des modalités de libération des parts nouvelles<sup>5</sup>.

En outre, dans la question posée à la ministre de l'Économie, le parlementaire fait état du coût d'une augmentation de capital : pour une SARL souhaitant procéder à une augmentation de capital de 1 000 euros, le coût de l'augmentation de capital est de 680 euros de frais divers, soit près de 70 % du montant de l'augmentation de capital ! De tels frais sont évidemment dissuasifs pour les nombreuses petites SARL qui souhaitent augmenter leur capital. Or les partenaires d'une SARL, notamment les banques, ont tendance à inciter les dirigeants et associés à procéder à des augmentations de capital lorsque ce dernier est symbolique. La solution préconisée par le parlementaire serait de permettre la souscription d'une augmentation significative du capital, mais avec un échelonnement sur cinq ans de sa libération par des appels de fonds année par année, en fonction de l'évolution des besoins.

La ministre de l'Économie propose une autre solu-

4. C. com. art. L 225-144.

5. « Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales », 2008, n° 6030 : P. Le Cannu, Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable : Rev. sociétés 2001, p. 635.

tion dans l'attente d'une éventuelle modification de la loi : les SARL ayant un capital social réduit et ayant un besoin ponctuel de financement, peuvent recourir à un apport en compte courant d'associé. Il en résulte alors une augmentation de la capacité financière de la société tout en évitant le formalisme de l'augmentation de capital (modification des statuts) et engagement des frais de publicité.

Il convient toutefois d'observer que les avances en compte courant ne sont pas sans risque pour les autres associés de la société. En effet, à défaut de stipulation particulière dans les statuts ou dans la convention d'apport, la restitution des avances en compte courant peut être exigée à tout moment par l'associé créancier : une demande faite inopinément, lorsque la société ne dispose pas de fonds suffisants, pourrait permettre à l'associé créancier d'exiger des coassociés des réaménagements statutaires en sa faveur, sous forme notamment d'augmentation de capital avec une libération des actions nouvelles par compensation. Il convient dès lors de prévoir dans les statuts ou dans la convention passée entre l'associé prêteur et la société des conditions particulières de remboursement des avances consenties en compte courant, sous forme notamment d'un terme lié à une convention de blocage, ou d'un délai de préavis, ou d'une référence à la trésorerie disponible de la société<sup>6</sup>.

M. S.

**Groupe de sociétés – Conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire – État de cessation de paiement d'une société filiale – Détermination de l'actif disponible et du passif exigible – Actif disponible : incorporation des créances clients intragroupe (non) – Compensation de créances (non) – Renonciation des sociétés du groupe à recouvrer leurs créances – Absence de situation positive – Passif exigible : total des dettes échues postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde – Prise en compte des dettes intragroupe (oui).**

Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 mars 2009 n° 08-12 212 (FD) Sté Smoby arrêt déjà commenté par F-X Lucas, Bull. Joly juillet-août 2009, § 140 p. 691

La détermination de la date à laquelle une filiale dans un groupe de sociétés est en état de cessation de paiement pose de redoutables difficultés en raison de l'importance et de la complexité des liens unissant des sociétés d'un même groupe. Dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation approuve une cour d'appel qui avait considéré que les créances d'une filiale à l'encontre d'autres sociétés du groupe ne pouvaient être qualifiées d'actif disponible en raison de leur incapacité de régler leurs dettes intragroupe et en raison de l'aléa figurant dans le fait de compter sur les filiales de commercialisation qui dégagent des bénéficiers et facturent des clients hors groupe. Le passif exigible devait

**être calculé en incorporant les dettes à l'égard des autres sociétés du groupe, dès lors qu'elles sont échues après l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Le seul fait que le paiement de ces dettes n'ait pas été exigé par les sociétés du groupe ne suffit pas à les exclure du passif.**

L'organisation et la stratégie des groupes de sociétés reposent sur des relations privilégiées entre ses membres. Lorsqu'une des sociétés du groupe est en difficulté financière, il n'est pas rare que les autres membres du groupe lui viennent en aide en lui accordant des lignes de trésorerie ou renoncent provisoirement au paiement de certaines créances. Faut-il tenir compte de cette solidarité intragroupe pour déterminer l'état de cessation de paiement, qui déclencherait l'ouverture d'une procédure collective ? Voilà la première question posée par le pourvoi soumis à la chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans leur réponse, les magistrats refusent de tenir compte de cette solidarité. Ils marquent encore leur intransigeance en considérant que toutes les dettes échues après l'ouverture d'une procédure sauvegarde doivent être prises en compte, pour constater l'état de cessation de paiement qui devra entraîner la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire. Ces deux prises de position méritent débat, même si les circonstances de fait de l'arrêt peuvent en moduler la portée.

En effet, l'affaire avait fait grand bruit. En 2007, le groupe Smoby, spécialisé dans la fabrication de jouets, dont le centre de gravité se trouvait dans le Jura, avait fait l'objet d'une procédure de sauvegarde puis de redressement. Parallèlement à ces procédures collectives, le dirigeant du groupe avait fait l'objet de poursuites pénales pour diverses fraudes réalisées au préjudice de la société, qui l'avaient conduit en prison. Le groupe repris par un autre groupe allemand Simba s'est progressivement redressé. Lorsqu'en 2007, la procédure de sauvegarde avait été ouverte, il était important d'aller vite car la situation financière, mais aussi économique et sociale, se dégradait très vite. Il est probable que cette exigence de rapidité a conduit les juges à précipiter la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire pour hâter l'élaboration d'un plan de cession. Pour cela, il était décisif de constater au plus tôt l'état de cessation de paiement. En soustrayant les créances intragroupes de l'actif disponible et en augmentant le passif des dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture de sauvegarde, le but a été atteint. Mais ces opérations sont-elles conformes à la loi ?

**Faut-il déduire les créances intragroupes de l'actif exigible ?**

La loi ne donne pas de définition de l'actif disponible. L'article L. 631-1 du Code de commerce indique simplement que lorsque l'actif disponible ne permet de faire face au passif exigible, il y a cessation de paiement. Par ailleurs, l'actif disponible n'est pas une notion comptable. C'est donc au juge d'en apprécier la réalité et l'importance à partir des éléments qui sont portés à sa

6. V. Cass. com. 9 octobre 2007, RJDA 1/08 n° 41.

connaissance. On considère habituellement que l'actif disponible est l'addition de toutes les sommes ou les valeurs dont l'entreprise peut immédiatement disposer pour assurer le paiement immédiat des dettes. L'actif disponible est donc constitué de toutes les liquidités figurant dans les comptes financiers, les fonds détenus en caisse, ceux inscrits sur les comptes bancaires et sur les comptes chèques postaux – à condition qu'ils soient réellement disponibles et qu'ils ne fassent pas l'objet de mesures de blocage –, les effets de commerce, échus ou susceptibles d'être escomptés, les valeurs mobilières réalisables à très court terme...

Dans l'arrêt commenté, il fallait déterminer si les créances sur les autres sociétés du groupe pouvaient être incorporées dans l'actif disponible au motif que les débitrices dégageaient des bénéfices avec des clients et qu'en conséquence les dettes pouvaient être honorées. Or, la Cour de cassation a fixé depuis longtemps sa jurisprudence à propos des créances clients. Les créances clients et comptes rattachés ne constituent pas un actif disponible<sup>7</sup>. Mais ne pourrait-on pas considérer qu'en raison de liens de solidarité et de complémentarité existants au sein d'un groupe les créances sur des sociétés membres pourraient être rapidement mobilisées pour éponger le déficit de la société menacée de cessation de paiement. Les sociétés *in bonis* se porteraient au secours de la défaillante au nom de « l'intérêt commun du groupe », parfois évoqué par la Cour de cassation en matière d'abus de biens sociaux<sup>8</sup>. Cette solidarité permettrait d'augmenter l'actif disponible et cela d'autant plus que l'actif disponible des autres sociétés du groupe serait important. C'est ce qu'avait soutenu la société Smoby à l'appui de son pourvoi : les filiales de commercialisation, débitrices « dégageaient des bénéfices en facturant elles-mêmes des clients hors groupe ». Toujours selon le pourvoi, ces créances-clients « hors groupe », détenues par les filiales, auraient dû faire aussi partie de l'actif disponible.

À ce stade de l'analyse, on s'aperçoit alors qu'un glissement intellectuel était en train subrepticement de se produire, au fil des arguments du pourvoi. En effet, pour accueillir ces créances dans l'actif disponible de la société Smoby, il aurait fallu considérer qu'il existait une forme d'unité patrimoniale entre la société mère et ses filiales. Or, il est tout fait exceptionnel qu'en droit des procédures collectives une unité patrimoniale soit reconnue entre sociétés juridiquement distinctes. Ce sont les hypothèses de la confusion de patrimoine et de la société fictive qui autorisent l'extension de procédure, aujourd'hui consacrée depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 par l'article L. 621-2 al.2. Mais, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est refusée à s'engager dans la reconnaissance d'une esquisse d'une unité patrimoniale de groupe. Les créances des filiales sur des clients « hors groupe » et les créances de la société mère sur ses filiales ont

été exclues de l'actif disponible. Cette exclusion est conforme à une jurisprudence déjà ouverte en 1995 par un arrêt excluant de l'actif disponible des participations et des créances sur des filiales<sup>9</sup>.

Plus loin dans l'arrêt rendu, la Cour de cassation a confirmé ce cloisonnement et ces exclusions en considérant qu'il n'était pas possible d'opérer compensation entre les créances de Smoby sur ses filiales et ses dettes réciproques. Cette fermeté des magistrats, manifestée dans la détermination de l'actif disponible trouve aussi son expression dans l'incorporation dans le passif exigible de toutes les dettes, y compris « intragroupe », échues postérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

### Est-ce que les dettes postérieures à l'ouverture de la sauvegarde font partie du passif exigible ?

Le passif exigible comprend les dettes dont le paiement peut être immédiatement réclamé sans qu'il y ait lieu d'attendre l'arrivée d'un terme ou l'accomplissement d'une condition. Doit être seul pris en considération pour caractériser la cessation des paiements, le passif exigible, c'est-à-dire le passif échû, ce qui exclut les dettes à terme<sup>10</sup>. Dès lors qu'une dette est exigible, le débiteur est tenu de payer.

Mais, la question originale posée par l'arrêt trouve son origine dans le fait que la société était en état de sauvegarde avant d'être placée en redressement judiciaire. En effet, l'existence d'une procédure de sauvegarde interdit le paiement des dettes de la société antérieure au jugement d'ouverture de la procédure<sup>11</sup>. Les dettes à échéance avant le jugement ne seraient donc plus échûes. Pourtant, l'arrêt commenté considère que toutes les dettes échûes postérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde doivent être incorporées dans le passif exigible. L'interdiction de paiement résultant de la sauvegarde serait sans effet sur le caractère « échû » des dettes.

Pour déterminer le passif exigible, il faudrait écarter l'effet de l'interdiction de paiement sur les dettes prévu par l'article L.622-7 du Code de commerce. Cette façon de procéder a été approuvée par la doctrine<sup>12</sup>. Cela permet, il est vrai, d'avoir une perception plus réaliste de la situation financière de l'entreprise. Mais d'autres auteurs critiquent un mode de calcul qui prendrait quelque légèreté avec l'interdiction légale de paiement, synonyme d'effacement du caractère échû des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde<sup>13</sup>.

Cette analyse a le mérite de l'orthodoxie juridique. Mais, la première position est inspirée par un réalisme opportun. Écarter les dettes antérieures au jugement de sauvegarde ne ferait que retarder artificiellement l'état de cessation de paiement et empêcherait d'envisager en temps utile les

7. Cass. com.19 décembre 2000 n°98-13.254.

8. Cass. crim.4 février 1985 n°84-91.581 aff. Rozenblum.

9. Cass. com. , 20 juin 1995, n°93-18.342, *Dr. sociétés*, septembre 1995, comm.162, note Chapat Y.

10. Cf. Rép. min à QE JOAN Q.16 octobre1984, p. 4691.

11. C. com. art. L. 622-7.

12. F. Pérochon et R. Bonhomme, « Entreprise en difficulté », *LGDJ*, 7<sup>e</sup> éd., n°178.

13. F.-X. Lucas, *Bull. Joly juillet-août 2009*, § 140 p.691.

mesures de redressement. Face à cette division doctrinale, la prudence impose d'attendre confirmation de la position de la Cour de cassation par des arrêts à venir.

Par ailleurs, il sera aussi intéressant de suivre la jurisprudence future à propos d'un second point relatif au passif exigible. En effet, les magistrats ont considéré que toutes les dettes de la société Smoby doivent être incorporées au passif exigible « même si leur remboursement n'a pas été demandé, puisque les relations économiques de sociétés au sein du groupe ne sauraient en droit conduire chacune de celles-ci à renoncer à recouvrer ses créances ». Là encore, la Cour de cassation écarte toute solidarité qui aurait pu être inspirée par « un intérêt commun » et « une stratégie commune ». Cette rigidité si elle est compréhensible est peu réaliste. En effet, dans un groupe de sociétés, il est fréquent de voir des sociétés faire face à des avances de trésorerie grâce à des avances réalisées par d'autres membres du groupe ou même par une société qui centralise la trésorerie du groupe. Il n'est pas étonnant de constater parfois que les dettes d'une société sont payées grâce à la trésorerie excédentaire d'un autre membre du groupe. La fluidité des flux de trésorerie et les solidarités financières entre membres au sein d'un groupe auraient dû permettre d'exclure les dettes de Smoby à l'égard ses filiales du passif exigible. Un peu de réalisme juridique devrait stimuler une évolution de l'appréhension de la dynamique financière des groupes de sociétés par la jurisprudence ! Cela permettrait une meilleure appréciation de l'état cessation des paiements lorsque la débitrice fait partie d'un groupe.

Q. U.

### **Droits sociaux – Cession – Nullité – Défaut d'objet – Cession d'actions d'une société absorbée.**

Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-12 691 (n° 494 FS-P+B) : RJD 8-9/09, n° 750, p. 648, rapp. R. Salomon ; RLDA 2009, n° 2391 ; D. 2009, A.J., p. 1477, obs. A. Lienhard ; JCP, E, 2009, 1767, n° 4, obs. F. Deboissy et G. Wicker.

- **Est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption.**
- **Ayant retenu que la cession portait sur des actions de la société disparue, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'établir l'existence d'un vice du consentement, en a justement déduit qu'à défaut d'objet, ces conventions de cession étaient nulles.**

À la question qui lui était posée pour la première fois de savoir si les titres d'une société absorbée peuvent valablement faire l'objet d'une cession, la Cour de cassation a répondu par la négative dans un arrêt du 26 mai 2009 ayant l'honneur d'une publication au Bulletin.

En l'espèce, une société A avait été absorbée par une société B, qui avait été absorbée par une société C, devenue ensuite la société D. À l'issue des opérations de fusion, les propriétaires des titres de la société absorbée (A) ont disposé d'un droit d'échange de ces derniers contre un certain nombre de titres de la société absorbante (D), dans les conditions prévues par les traités successifs

de fusion. Près d'une vingtaine d'années plus tard, le mandataire de la société absorbante (D), chargé de la tenue du registre des actionnaires, ayant constaté que de nombreux ordres de transfert d'actions étaient passés au profit d'un actionnaire de la société absorbée a assigné ce dernier en nullité de ces cessions. Par une motivation très générale selon laquelle « est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption », la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 20 décembre 2007<sup>14</sup> qui avait fait droit à cette demande et ajoute qu'« ayant retenu que la cession portait sur des actions de la société disparue, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'établir l'existence d'un vice du consentement, en a justement déduit qu'à défaut d'objet, ces conventions de cession étaient nulles ». La haute juridiction pose ainsi l'interdiction de la cession des titres, droits sociaux ou des droits conférés par les titres des sociétés absorbées et invite à s'interroger sur la sanction de la violation de cette interdiction.

### **L'interdiction de la cession des titres d'une société absorbée**

La fusion entraîne « [...] la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires [...]. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés de la société qui disparaît, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission »<sup>15</sup>. Il est alors procédé à un échange des parts ou des actions de la société absorbante contre des parts ou des actions de la société absorbée<sup>16</sup> sur le fondement de la parité d'échange. Les associés ou actionnaires de cette dernière reçoivent des parts ou des actions de la société absorbante<sup>17</sup>.

En interdisant aux actionnaires de céder leurs titres, ainsi que les droits conférés par ces derniers, la Cour de cassation consacre ainsi une hypothèse d'inaliénabilité des droits sociaux.

D'emblée, il convient de souligner le champ d'application très large de cette inaliénabilité pour cause de fusion-absorption. Celle-ci est en effet applicable quelle que soit la société absorbée. L'arrêt ne vise certes que la cession et non toute aliénation des droits sociaux. Mais il ne pose aucune distinction selon que les cessionnaires sont des actionnaires de la société absorbée, devenus actionnaires de l'absorbante, ceux de cette dernière ou des tiers. Surtout, la solution adoptée a vocation à s'appliquer quel que soit l'objet de la cession : parts ou actions, droit d'échange, rompus.

À première vue, cette solution tire les conséquences de l'article L. 236-3, I, du Code de commerce précité. On ne peut en effet céder des titres d'une société qui n'existe plus. Cette solution simple semble jusque-là parfaite-

14. Juris-Data n° 2007-256318.

15. C. com., art. L. 236-3 I.

16. C. com., art. L. 236-2, II, al. 1.

17. C. com., art. L. 236-1, al. 4.

ment logique. Les hauts magistrats n'ont pas été sensibles à l'argument du pourvoi selon lequel « les titres d'une société absorbée demeurent cessibles en tant qu'ils représentent un droit d'échange contre des actions de la société absorbante et aussi longtemps que ce droit d'échange subsiste ; que tant qu'ils demeureraient échangeables, les titres n'avaient pas disparu pas plus qu'ils n'avaient péri ».

Il n'en demeure pas moins qu'une telle solution sans nuance est particulièrement rigoureuse car elle implique également que les associés et actionnaires concernés ne puisse céder les droits formant rompus. Lorsque le rapport d'échange des titres ne permet pas d'attribuer un nombre entier d'actions ou de parts nouvelles pour chaque action ou part ancienne, les associés ou actionnaires qui ne possèdent pas le nombre de titres suffisant pour obtenir les actions ou parts nouvelles doivent vendre ou acheter des droits formant rompus. Concrètement, ils vont donc vendre ou acheter les titres de la société absorbée correspondant à la partie résiduelle nécessaire à l'échange des titres. Or, dans le silence du législateur, il était traditionnellement admis, en pratique, que l'actionnaire de la société absorbée puisse vendre ou acheter les droits formant rompus, afin d'en regrouper suffisamment pour pouvoir exercer son droit d'échange<sup>18</sup>. L'arrêt du 26 mai 2009 interdit donc à l'avenir toute cession des rompus, ce qui, selon certains, revient à « exproprier sans indemnité leurs titulaires »<sup>19</sup>.

Aujourd'hui, l'unique voie autorisée consiste donc pour les actionnaires de la société absorbée à échanger leurs titres contre ceux de la société absorbante. La solution dénote, à n'en pas douter, l'intention de fermer la porte à la création d'un marché parallèle à l'initiative des associés ou actionnaires de la société absorbée, marché où se vendraient et s'achèteraient les actions de cette dernière ou les droits formant les rompus, à l'insu de la société absorbante.

Désormais, la société absorbante reste maître de la situation en disposant de la faculté légale de mettre en œuvre la procédure de mise en vente des parts ou actions formant rompus dans les conditions posées par les articles L. 228-6<sup>20</sup> ou L. 228-6-1<sup>21</sup> du Code de commerce, sauf à procéder au rachat de ses propres actions<sup>22</sup> ou au paiement d'une soulte<sup>23</sup> aux associés ou actionnaires de la société absorbée.

### La sanction de la cession des titres de la société absorbée

Le cessionnaire, demandeur au pourvoi, reprochait aussi à la Cour d'appel d'avoir fait une fausse application des articles 1108, 1126 et 1601 du Code civil en affirmant que l'objet de la cession était identifié comme actions de la société et non comme droit d'échange, sans établir un vice du consentement, sans établir ni une erreur ni un dol, vices du consentement à l'égard du cédant. Il invoquait en outre que, dans ses rapports avec les cédants, il n'a jamais été question de l'absorption de la société, ni de l'échange de titres. La Haute juridiction rejette cette argumentation. La cour d'appel qui avait retenu que la cession portait sur des actions de la société disparue et en avait conclu à la nullité de ces conventions de cession pour défaut d'objet n'était donc pas tenue d'établir l'existence d'un vice du consentement.

La solution mérite d'être approuvée, car le contrat est nul pour absence d'objet s'il porte sur une chose qui n'existe pas ou qui n'existe plus parce qu'elle a disparu au moment de la conclusion du contrat. L'engagement est alors impossible à réaliser<sup>24</sup>. Les illustrations sont rares en pratique. On en donne classiquement pour exemple le contrat portant sur la cession d'une créance éteinte par compensation<sup>25</sup> ou prescription, le brevet d'invention perdu par péremption ou déchéance et l'agrément administratif auquel n'est attaché aucun droit. Il conviendra désormais d'y ajouter les titres et les droits conférés par ceux-ci.

Par ailleurs, cet arrêt ne précise pas directement le régime de la nullité. En permettant à un tiers au contrat, le mandataire de la société absorbante d'agir en annulation, il s'inscrit cependant dans la conception traditionnelle qui voit dans le défaut d'objet une nullité absolue<sup>26</sup>. Si en revanche, la conception moderne inspirée de la jurisprudence relative au défaut de cause avait été retenue ou si les vices du consentement avaient pu prospérer, seul le cédant aurait pu agir.

Rigoureuse, la solution l'est donc indéniablement tant en raison de son champ d'application que par la sanction prévue. En faisant abstraction du contexte d'ignorance de la fusion par le cessionnaire, on demeure toutefois dubitatif sur son caractère proportionné au but de transparence poursuivi.

I.R.

18. V. « Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales », 2009, n° 26999 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, « Droit des sociétés », Litec, 22<sup>e</sup> éd., n° 1371 ; A. Bonnasse, Fusions-scissions – Réalisation des fusions et scissions, J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 162-10, n° 22.

19. F. Deboissy et G. Wicker, obs. sous Cass. com., 26 mai 2009, précitée.

20. Ce texte concerne la vente des titres non réclamés. En ce cas, il y aura vente des titres formant rompus. Leurs titulaires obtiendront en ce cas un versement en numéraire sur le produit de la vente.

21. Cette disposition est relative à la vente globale des actions non attribuées correspondant aux droits formant rompus dans le cadre des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

22. V. « Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales », 2009, n° 26485.

23. À condition qu'elle ne dépasse pas 10 % du nominal des actions ou parts émises en échange V. « Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales », 2009, n° 26486 ; ANSA, Comité juridique, Proposition d'amélioration du traitement des droits formant rompus en cas d'augmentation du capital, 5 mars 1997, n° 413.

24. Sur cette question, v. notamment : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd. 2005, n° ; Ph. Malinvaud, « Droit des obligations », Litec, 9<sup>e</sup> éd. 2005, n° 244. B. Fages, « Droit des obligations », LGDJ, 2007, n° 188.

25. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 février 1973, n° 72-10 535 : D. 1974, 9, 37, note Ph. Malaurie.

26. V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd. 2005, précité.