



LETTRE

DU DEPARTEMENT SOCIETES,
DROIT DES SOCIETES, FUSIONS ACQUISITIONS, ENTREPRISES EN DIFFICULTE

JUILLET 2009

Le département Sociétés a fait le choix de vous présenter quelques modifications législatives et réglementaires ainsi que quelques jurisprudences marquantes en matière de droit des sociétés et fusions acquisitions.

- P.2 ■ Réforme des procédures collectives
- P.3 ■ « L'appel public à l'épargne » devient « l'offre au public de titres financiers »
- P.3 ■ Une extension de la fiducie
- P.4 ■ Décret portant diverses mesures destinées à simplifier le fonctionnement de certaines sociétés dont notamment la visioconférence dans les SARL et la dispense de Commissaire aux comptes dans les SAS.
- P.5 ■ Théorie du siège réel et transfert de siège social au sein de la Communauté Européenne
- P.6 ■ En cas de démembrement des droits sociaux, la mise en réserve systématique des bénéfices distribuables par l'usufruitier constitue t-elle une donation indirecte au profit du nu-propriétaire ?
- P.7 ■ Y a-t-il abus d'égalité quand un associé égalitaire refuse par trois fois de voter l'augmentation de la rémunération du gérant associé ?
- P.8 ■ Condamnation d'un gérant de SARL en comblement du passif social pour n'avoir pas consulté les associés alors que les pertes étaient supérieures à la moitié du capital social

1. Réforme des procédures collectives :

Ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009

Un peu moins de trois ans après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 complétée par le décret d'application n° 2009-160 du 12 février 2009, est venue **achever la réforme du droit des entreprises en difficulté.**

Cette ordonnance n'est pas applicable aux procédures ouvertes avant le 15 février 2009 à l'exception cependant de quelques dispositions et notamment celle qui **abroge l'obligation aux dettes sociales qui est d'application immédiate.**

L'ordonnance nouvelle maintient les caractéristiques essentielles des procédures de prévention instaurées par la loi du 26 juillet 2005 tout en **clarifiant et en assouplissant** la sauvegarde et le redressement judiciaire afin d'améliorer leur **efficacité et leur accessibilité.**

Loin d'en faire une présentation exhaustive, certaines dispositions méritent d'être citées.

Ainsi, dans la procédure de conciliation, les co-obligés ou personnes qui ont consenti une sûreté personnelle ou affecté un bien en garantie peuvent se

prévaloir des dispositions de l'accord de conciliation, que celui-ci soit homologué par le tribunal ou simplement constaté par ordonnance du Président.

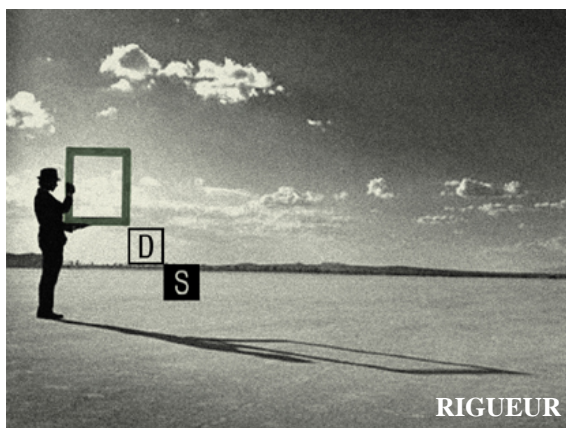
L'attractivité de la **procédure de sauvegarde** vis-à-vis du dirigeant a été renforcée en ce que ce dernier pourra désormais proposer au tribunal un administrateur de son choix.

Par ailleurs, les dirigeants ne pourront plus être écartés, ni dans leur gestion, ni dans leur participation dans le capital, puisque **le Tribunal n'est plus autorisé à subordonner l'adoption d'un plan au remplacement des dirigeants, à prononcer l'incessibilité de leurs titres sociaux ou d'en ordonner la cession.**

En outre, l'obligation aux dettes sociales a été supprimée. En effet, le dirigeant ne pourra plus être condamné à payer tout ou partie du passif social sur le fondement de l'obligation aux dettes sociales. En revanche, l'action pour insuffisance d'actifs, qui en réalité faisait double emploi avec l'obligation aux dettes sociales, subsiste.

En conclusion, il faut souligner l'augmentation importante sur le premier trimestre 2009 des défaillances d'entreprises. En effet, par rapport au premier trimestre 2008, les défaillances d'entreprises ont augmenté de 21.3% (Source Altares). Au 28 mars 2009, 15 277 jugements d'ouverture de redressement judiciaire ou liquidation judiciaire et 304 procédures de sauvegarde sont comptabilisés.

Il est donc nécessaire aujourd'hui de solutionner en amont les difficultés financières des entreprises en incitant celles-ci à bénéficier des procédures de prévention et de sauvegarde des entreprises.



2. « L'appel public à l'épargne » devient « l'offre au public de titres financiers » :

Ordonnance du 22 janvier 2009 n°2009-15, réformant l'appel public à l'épargne, prise en application de l'article 152 de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

Afin de rapprocher le droit français du droit européen et de rendre la place financière parisienne plus attractive au niveau international, l'ordonnance du 22 janvier 2009, applicable dès le 1^{er} avril 2009 sous réserve de dispositions devant encore être publiées, substitue à la notion « d'appel public à l'épargne », les notions européennes « d'offre au public de titres financiers » et « d'admission aux négociations sur un marché réglementé ».

Elle fait disparaître le statut de société faisant publiquement appel à l'épargne et consacre le statut de société dont les titres sont admis sur un marché réglementé.

En effet, la quasi totalité des dispositions qui contribuaient à la constitution du statut de société faisant appel public à l'épargne (et notamment, les contraintes d'informations périodiques, les obligations déclaratives, le capital minimum, etc), se trouvent aujourd'hui réservées aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé.

L'ordonnance développe les place-

ments privés de titres financiers en autorisant expressément les SAS à procéder à des opérations placées hors du champ de l'offre au public comme les offres s'adressant à un cercle restreint ou à des investisseurs qualifiés, et en permettant de procéder à une augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription par placement privé.

3. Une extension de la fiducie :

Ordonnance du 30 janvier 2009 n°2009-112, prise en application de l'article 18-V de la loi LME du 4 août 2008

Rappelons que la [fiducie](#) est un mécanisme de transfert limité et temporaire de la propriété, qui a pour objet de permettre au « constituant » de transférer temporairement ses biens au profit d'un « bénéficiaire », dans un patrimoine d'affectation autonome soustrait au [gage](#) des créanciers, géré par un « fiduciaire ». Le cadre juridique de la fiducie s'applique à des opérations de gestion (fiducie-gestion) comme aux mécanismes de sûretés (fiducie-sûreté).

Ce mécanisme, instauré par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 aux articles 2011 à 2030 du Code Civil, était cantonné aux personnes morales et ne pouvait excéder 33 ans. La loi LME est venue ouvrir la fiducie aux personnes physiques et porter sa durée maximum à 99 ans.

L'ordonnance, applicable dès le 1^{er} février 2009, apporte les mesures complémentaires permettant cette extension et précise la fiducie-sûreté.

D'une part, concernant les dispositions relatives à l'extension du mécanisme de la fiducie qui sont **communes** à la fiducie-gestion et à la fiducie-sûreté :

- le contrat de fiducie devient un contrat solennel car, à peine de nullité,



il doit être passé en la forme authentique lorsqu'il porte sur des biens dépendant d'une communauté conjugale (tous les régimes de communauté) ou sur des biens indivis (acquis conjointement par des époux séparés en biens ; communauté dissoute ; pacsés ; indivision successorale, etc).

- la faculté accordée au constituant de se substituer un tiers pour veiller à ses intérêts en cours de fiducie et de déléguer à ce tiers les pouvoirs que la loi lui accorde, devient d'ordre public, toute clause contraire étant interdite quand le constituant est une personne physique.

D'autre part, concernant les dispositions **propres** à la fiducie-sûreté :

- la propriété d'un bien mobilier ou immobilier peut être cédée à titre de garantie par une personne physique en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles relatifs à la fiducie-gestion. Ceci est la reconnaissance de la fiducie-sûreté, qui pourra être mobilière comme immobilière. En pratique, le débiteur sera constituant, le créancier jouera le rôle du bénéficiaire et celui du fiduciaire s'il a la qualité requise.
- à peine de nullité, le contrat de fiducie-sûreté devra indiquer la dette garantie et la valeur du bien transféré dans le patrimoine fiduciaire.



- deux modes d'exécution de la sûreté sont prévus : soit le créancier acquiert la libre disposition du bien et la propriété fiduciaire devient une propriété ordinaire, soit le bien est vendu afin d'employer le prix au paiement du créancier. En tout état de cause, l'exécution de la sûreté ne doit spolier ni le débiteur, ni les autres créanciers.

- la fiducie peut être rechargée par le biais d'une convention de recharge. En effet, la fiducie peut être affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées dans l'acte qui la constitue.

4. Décret portant diverses mesures destinées à simplifier le fonctionnement de certaines sociétés dont notamment la visioconférence dans les SARL et la dispense de Commissaire aux comptes dans les SAS.

Décret n°2009-234 du 25 février 2009, pris en application des articles 56 et 59 de la loi LME n 2008-776 du 4 août 2008

Visioconférence : La loi LME a modifié l'article L.223-27 du Code de Commerce relatif aux SARL, qui dispose désormais que si les statuts le prévoient et hors le cas de l'assemblée générale annuelle, sont réputés présents les associés qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification.

Selon le décret, pour que soient garanties l'identification et la participation effective des associés, l'outil doit permettre d'entendre la voix de l'associé ainsi que la retransmission continue et simultanée des délibérations.

Deux moyens sont ainsi admis : la visioconférence qui nécessite un site Internet spécialement conçu à cette fin et le téléphone via des conférences téléphoniques. Dans les deux cas, les associés devront fournir un code qui leur

aura été fourni préalablement à la tenue de l'assemblée.

Dispense de Commissaire aux comptes : Alors que les Commissaires aux comptes étaient obligatoires dans les SAS, le principe est depuis la loi LME, **la liberté de nomination**. Ce principe souffre pourtant de quelques exceptions. D'une part, restent tenues de désigner un Commissaire aux comptes, les SAS qui dépassent à la clôture d'un exercice social, **deux des trois** seuils fixés par le décret à l'article R.123-200 du Code de Commerce :

- total du bilan : 1 000 000 € ;
- montant hors taxe du chiffre d'affaires : 2 000 000 € ;
- nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice : 20.

Pour bénéficier de cette dispense, il faut que la société n'ait pas dépassé deux de ces trois seuils pendant les deux exercices précédant l'expiration du mandat du Commissaire aux comptes.

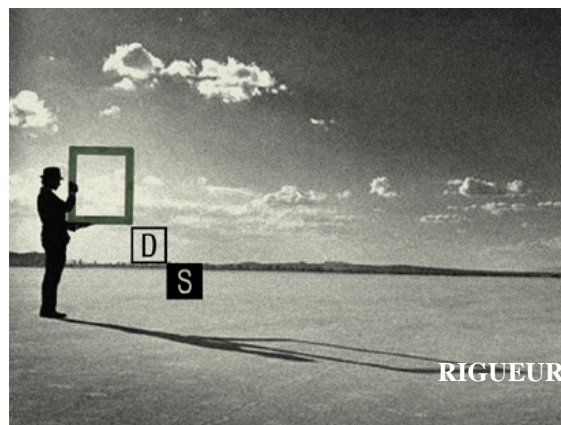
D'autre part, l'article L. 227-9-1 du Code de commerce impose la désignation d'un Commissaire aux comptes lorsque la SAS contrôle une société ou est contrôlée par une société.

Il convient de rappeler que les mandats des Commissaires aux comptes en cours au jour de l'entrée en vigueur de la dispense, **soit le 1er janvier 2009**, devront être menés à terme.

5. Théorie du siège réel et transfert de siège social au sein de la Communauté Européenne

CJCE 16 décembre 2008 aff. C-210/06, Cartesio

Implantée en Hongrie, la société Cartesio souhaitait transférer son siège social en Italie tout en restant soumise au droit hongrois. Sa demande d'inscription de



transfert de siège social a été rejetée par le tribunal hongrois au motif que le droit hongrois ne permet pas à une société constituée en Hongrie de transférer son siège social à l'étranger tout en continuant à être soumise à la loi hongroise en tant que loi personnelle.

En appel, la Cour surseoit à statuer afin d'interroger la CJCE sur cette question : la liberté d'établissement s'oppose-t-elle à ce qu'un Etat membre interdise à une société constituée sur son sol de transférer son siège dans un autre Etat membre, au motif qu'elle refuserait de changer de droit applicable ?

Avant d'énoncer la position prise par la CJCE, il faut rappeler qu'en Europe, coexistent deux conceptions en matière de rattachement de société : (I) le système de l'incorporation qui conduit à considérer le siège tel que désigné par les statuts (Angleterre) et (II) la théorie du siège réel où il est tenu compte du lieu où se trouve le centre de décision de la société (Hongrie). Au niveau du droit communautaire, le législateur n'a pas établi de principe régissant le transfert du siège social et les travaux sur la 14^{ème} directive n'ont pas encore abouti.

La réponse de la CJCE se fait en trois temps :

- Tout d'abord, la Cour distingue l'affaire qui lui est soumise en l'espèce de la situation où le transfert de siège

social dans un autre Etat membre s'accompagnerait pour la société d'une modification du droit qui lui serait applicable. Par là, la CJCE pose le principe selon lequel un Etat membre ne peut empêcher ou interdire à une société soumise à son droit national de transférer son siège social dans un autre Etat membre quand elle en adopte la nationalité.

- Ensuite, la Cour établit que (I) seuls les ressortissants peuvent bénéficier de la liberté de circulation, une société ne pouvant s'en prévaloir que si elle est véritablement constituée dans un Etat membre et que (II) ce sont les Etats membres qui définissent le lien rattachant la société au territoire national et donc leur « nationalité » ainsi que la possibilité donnée ultérieurement à la société de le modifier. La CJCE ne prend donc pas position sur le débat opposant système de l'incorporation et théorie du siège réel.

- La CJCE conclut alors que la faculté de l'Etat de définir le lien de rattachement entre une société et son droit applicable, permet à l'Etat membre d'interdire à une société de transférer son siège social dans un autre Etat membre tout en gardant sa nationalité d'origine, si du fait de ce transfert de siège, la société a rompu le lien de rattachement.

6. En cas de démembrement des droits sociaux, la mise en réserve systématique des bénéfices distribuables par l'usufruitier constitue-t-elle une donation indirecte au profit du nu-propiétaire ?

Cour de cassation chambre commerciale du 10 février 2009 n°07-21.806 se prononçant sur CA Lyon, 16 octobre 2007 n°06-03324

Une mère, associée avec ses trois enfants dans une société civile dont le capital social est constitué de 1200 parts, leur fait donation de la nue-propiété des 1197 parts lui appartenant.



Sept années durant, l'assemblée générale de la société civile a systématiquement affecté les bénéfices à un compte de réserve.

L'administration fiscale a alors considéré que ces décisions répétées de mise en réserve constituaient une donation indirecte faite par l'usufruitière au profit de ses enfants nus-propiétaires et a notifié un redressement à l'un d'eux qui a saisi le TGI afin d'obtenir la décharge des impositions réclamées.

La Cour d'Appel de Lyon infirme la décision des 1ers juges qui avaient donné gain de cause à l'administration fiscale, aux motifs que :

- d'une part, l'usufruitier a droit aux dividendes qui sont les bénéfices distribués et n'a aucun droit sur les bénéfices qui sont mis en réserve et que ;

- d'autre part, même si l'administration fiscale avait pu légitimement considérer que la mise en réserve systématique des bénéfices constituait une renonciation de l'usufruitier à appréhender les bénéfices pour accroître le capital dans l'intérêt exclusif de ses enfants nus-propiétaires, le dessaisissement de l'usufruitier n'était pas irrévocable car l'assemblée ordinaire a toujours la faculté de décider ultérieurement le versement d'un dividende prélevé sur les réserves.

La Cour de Cassation rejette à son tour les prétentions de l'administration

fiscale, mais en se fondant sur un motif différent de celui de la Cour d'Appel. En effet, elle estime que les bénéfices réalisés par la société ne participent des fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, et qu'il s'ensuit qu'avant cette attribution l'usufruitier n'ayant pas de droit sur les bénéfices, il ne consent aucune donation au nu-propiétaire en participant à l'assemblée générale qui décide de les affecter à un compte de réserve.

La Cour de Cassation est en harmonie avec sa jurisprudence et dans la ligne de la doctrine majoritaire.

Il résulte de l'article 894 du Code Civil que la donation entre vifs implique (I) un transfert de valeur du patrimoine du donateur à celui du donataire et (II) un appauvrissement de l'un au profit de l'enrichissement de l'autre. L'intention libérale est insuffisante à qualifier une donation.

Or, en l'espèce, par la décision de mise en réserve systématique des bénéfices, ni le patrimoine de l'usufruitier, ni le patrimoine des nus-propiétaires ne se sont appauvris ou enrichis.

De plus, un associé n'a aucun droit sur les réserves ou les bénéfices distribuables qui appartiennent à la société. L'associé ne peut prétendre qu'aux bénéfices distribués, autrement dit les dividendes, dont l'existence résulte de l'approbation des comptes par l'assemblée générale. L'usufruitier ne pouvant donner ce qui ne lui appartient pas, sauf à nier la personnalité

morale de la société, la mise en réserve systématique des bénéfices distribuables ne peut s'assimiler à une donation indirecte aux nus-propiétaires.

7. Y a-t-il abus d'égalité quand un associé égalitaire refuse par trois fois de voter l'augmentation de la rémunération du gérant associé ?

Cour de cassation chambre commerciale du 31 mars 2009 n°08-11.860 se prononçant sur CA Rennes, 4 décembre 2007 n°06-5351

Dans le cadre d'une SARL détenue par deux associés égaux, le gérant associé avait sollicité par trois fois l'assemblée générale ordinaire afin qu'elle se prononce sur l'augmentation de sa rémunération. L'autre associé ayant à chaque fois rejeté cette proposition, elle n'a jamais pu être votée faute de majorité. Invoquant un abus d'égalité, le gérant associé avait alors sollicité du juge qu'il fixe sa rémunération.

La Cour d'Appel de Rennes fait droit à cette demande en retenant que commet un abus d'égalité, le co-associé qui sans intérêt légitime, uniquement dans le dessein de nuire et sans aucune considération de l'intérêt social qui implique que le gérant soit justement rémunéré en fonction de ses talents et résultats, s'est à trois reprises opposé au vote de l'augmentation de sa rémunération.

La chambre commerciale casse cette décision tant en raison de la définition de l'abus que de sa sanction :

1. les juges du fond n'ont pas caractérisé en quoi l'attitude du co-associé avait été contraire à l'intérêt de la société en ce qu'elle empêcherait la réalisation d'une opération essentielle et ;
2. qu'à supposer que l'abus d'égalité soit établi, le juge ne saurait se substituer aux organes sociaux légalement compétents pour fixer la rémunération du gérant.



En effet, il est de jurisprudence établie qu'il y a abus d'égalité - variante de l'abus de minorité

- quand l'associé égalitaire a adopté une attitude contraire à l'intérêt général de la société en interdisant une opération essentielle pour celle-ci, dans l'unique but de favoriser ses intérêts au détriment de ceux des autres associés.

Quant à la sanction de l'abus, la Cour continue à s'opposer à ce que les juges du fond se substituent aux organes sociaux légalement compétents. Ils ont seulement la faculté de désigner un mandataire chargé de convoquer une nouvelle assemblée et de voter au nom des associés auteurs de l'abus dans un sens conforme à l'intérêt social.

8. Condamnation d'un gérant de SARL en comblement du passif social pour n'avoir pas consulté les associés alors que les pertes étaient supérieures à la moitié du capital social

CA Paris 17 février 2009

Conformément aux articles L.651-1 à L.651-4 du Code de Commerce, les dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale soumise à une procédure de liquidation peuvent avoir à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif de cette personne morale, lorsqu'ils ont commis des fautes de gestion qui sont à l'origine de cette insuffisance d'actif.

La difficulté porte sur la définition de la **faute de gestion**.

En effet, en l'absence de définition légale, il appartient aux juges du fond d'apprécier au cas par cas si tel acte de gestion est fautif en fonction des circonstances propres à chaque affaire.

En l'espèce, l'arrêt susvisé nous donne un nouvel exemple d'acte de gestion fautif.

En effet, le gérant d'une SARL a été condamné à supporter le passif social pour ne pas avoir consulté les associés afin qu'ils se prononcent sur la poursuite éventuelle de l'activité conformément à l'article L 223-42 du code de commerce, le bilan faisant apparaître des pertes supérieures à la moitié du capital social.

Ce nouvel arrêt de la Cour d'appel de Paris s'inscrit dans la ligne directe de la jurisprudence qui qualifie de faute de gestion le fait pour un dirigeant de ne pas respecter les obligations légales du code de commerce.

Sont également disponibles sur notre site: www.dsavocats.com

La lettre du droit des affaires en Chine

La Lettre des départements Droit Public des Affaires, Droit de l'Immobilier et Droit de la Construction

La lettre du département droit social

La lettre du département droit des sociétés des fusions acquisitions et des entreprises en difficulté

La lettre du département fiscal

La lettre du département droit économique et échanges internationaux

La lettre du département propriété intellectuelle et technologies de l'information

Vous pouvez les recevoir de façon régulière sur simple demande à:

astorg@dsavocats.com