



LETTRE

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

DECEMBRE 2009

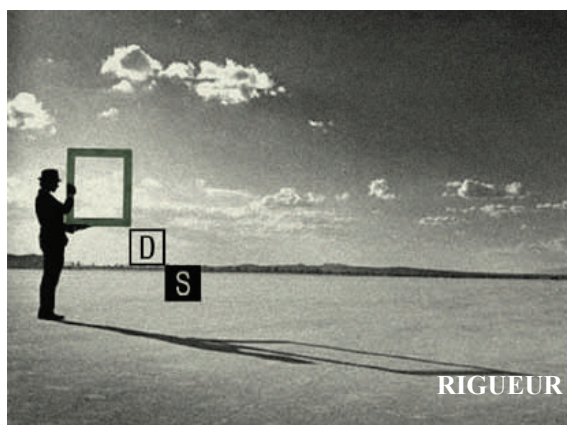
- p.2 1. En cas de désaccord sur un prix de cession dont la méthode d'évaluation est fixée par une clause statutaire, le prix peut-il être fixé librement par l'expert nommé en vertu de l'article 1843-4 du Code Civil ?**
- P.4 2. Décret n° 2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés**
- P.5 3. Possibilité pour une société cotée sur Euronext de se transférer sur Alternext : homologation du règlement général de l'AMF**
- P.6 4. Décision de la commission des sanctions de l'AMF du 25 juin 2009 concernant la preuve d'un manquement d'initié**
- P.7 5. Précisions récentes quant à la représentation légale d'une SAS par son directeur général**
- P.8 6. Plan de cession totale et sort des contrats non cédés**
- P.9 7. L'absence de prise en compte d'une notification d'un redressement de l'URSSAF caractérise le délit de présentation de comptes annuels infidèles**
- P.10 8. Inapplicabilité d'une clause de préemption à une donation d'actions (Cours de cassation, 17 mars 2009, n°08-11268)**

1. En cas de désaccord sur un prix de cession dont la méthode d'évaluation est fixée par une clause statutaire, le prix peut-il être fixé librement par l'expert nommé en vertu de l'article 1843-4 du Code Civil ?

La chambre commerciale de la cour de cassation par un arrêt du 5 mai 2009 (n°08-17.465) vient de confirmer sa position de 2007 relative à l'application par l'expert désigné des clauses statutaires prévues afin de fixer le prix.

Différentes assemblées avaient exclu, entre 1998 et 2003, des personnes physiques associées d'une SCI. Le président du tribunal de grande instance de Paris, statuant en la forme des référés, en application de l'article 1843-4 du Code civil, désigna un expert aux fins de déterminer la valeur des parts des associés exclus, étant précisé que les statuts de la société prévoyaient une méthode de calcul de cette valeur.

La décision de ce premier juge précisait que l'expert devait « procéder en toute liberté » en « écartant l'application de la méthode de calcul prévue par les statuts ».



La cour d'appel saisie ensuite par la SCI a jugé que le Président avait excédé ses pouvoirs en précisant que « l'expert devait procéder en toute liberté et écartier l'application de la méthode de calcul prévue par les statuts ». L'arrêt d'appel désigna le même tiers évaluateur et estima que les statuts de la société devaient le « guider dans son évaluation ».

Un pourvoi fut formé contre l'arrêt d'appel et accueillis par la cour de cassation. La cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1843-4 « en précisant la méthode à suivre par l'expert ».

Cette solution a provoqué une réaction vive de la part de la doctrine pour laquelle l'application de l'article 1843-4 du code civil était synonyme d'anéantissement des méthodes d'évaluation que les parties avaient pu prévoir.

Cet arrêt confirme la jurisprudence de 2007 (cour de cassation, chambre commerciale, 4 décembre 2007, n°06-13-912) qui disposait que « l'article 1843-4 s'applique même quand le retrait obligatoire d'un associé découle non pas de la loi, mais des statuts. En cas de litige sur l'évaluation du prix de cession, bien que la méthode d'évaluation soit statutairement prévue, l'associé exclu, en application de l'article 1843-4, peut demander l'évaluation du prix des parts par un expert ».

La cour voulait-elle exclure l'application de clauses statutaires

à partir du moment où un expert était judiciairement désigné ou voulait-il simplement rappeler que l'expert n'est pas tenu de prendre en compte dans son évaluation des clauses statutairement prévues ?

Cet arrêt a également été largement décrié par une partie de la doctrine et des praticiens. Ceux-ci l'avaient interprété comme « condamnant les formules de fixation du prix stipulées dans les statuts au profit d'une valorisation réalisée par l'expert prévue à l'article 1843-4 ». L'arrêt serait alors source d'insécurité juridique puisque les clauses statutaires seraient écartées au profit de l'article 1843-4.

Cependant il paraît dangereux de donner à cet arrêt plus d'importance qu'il n'en a réellement. La cour de cassation a ici statué sur un cas d'espèce. Elle a simplement estimé que dès lors que l'associé contestait l'évaluation du prix, il y avait une contestation et donc, par application des textes, recours à un expert. Peu importe que la méthode d'évaluation soit statutairement prévue ou non.

Néanmoins, on peut observer ici que la cour réaffirme seulement qu'il n'appartient pas au juge du fond de fixer des directives de valorisation des droits sociaux à l'attention de l'expert. La cour de cassation laisse à l'expert la liberté de s'inspirer ou non de la méthode d'évaluation prévue par les statuts.

La Présidente de la chambre commerciale, Madame Claire Favre s'exprimant sur le sujet a estimé que : « Il est en effet peu vraisemblable que la cour à travers cet arrêt ait entendu étendre la portée de l'article 1843-4 du code civil, et ainsi faire voler en éclat le principe de l'autonomie de la volonté ainsi que la sécurité juridique de la vie des affaires en matière de cession de droits sociaux ».

L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 10 septembre 2009 (n°05/01862) confirme les positions de la cour de cassation mais apporte une précision nouvelle et importante.

En effet la cour d'appel de Versailles affirme deux choses : 1 - « seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts » ; 2 - « L'article 1843-4 n'est applicable que lorsque la cession des parts sociales n'est pas spontanément voulue par les parties, mais se trouve imposée par des règles législatives, statutaires ou extrastatutaires. Il n'est pas applicable en cas de promesse de



vente librement consentie selon un prix déterminable sur des éléments objectifs »).

Il conviendra toutefois d'être attentif à l'évolution de la position de la cour sur un sujet aussi sensible et essentiel à la sécurité des transactions.

2. Décret n° 2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés

Le décret n° 2009-11 du 5 janvier 2009 vient compléter la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 qui, entre autres, a transposé la directive du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières. Avec la publication de ce décret, les fusions transfrontalières vont devenir désormais une réalité en France. Les mesures présentées dans la Directive de 2005 portent notamment sur les points suivants :

- un projet commun de fusion doit être arrêté par l'organe de gestion, d'administration ou de direction de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion. Ce projet doit contenir les indications mentionnées à l'article R236-14 du code de commerce (forme, dénomination et siège des sociétés participantes et de la société issue de la fusion ; rapport d'échange des titres ; date à partir de laquelle les opérations de sociétés qui fusionnent seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies pour les comptes de la société issue



de la fusion ; effets probables de la fusion pour l'emploi ; etc.);

- les sociétés participant à la fusion et immatriculées en France doivent publier dans un journal d'annonces légales et au BODACC un avis relatif au projet de fusion transfrontalière. Cet avis doit contenir les indications mentionnées à l'article R. 236-15 du code de commerce (identification des sociétés participantes; rapport d'échange; date du projet commun de fusion ; modalités d'exercice des droits des créanciers et, le cas échéant, des associés minoritaires ; etc.);

- la publicité et le dépôt du projet commun de fusion doivent être effectués au moins un mois avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération (C. com., art. R236-15) ; le rapport de l'organe de direction ou d'administration expliquant et justifiant la fusion doit être mis à la disposition des associés et des délégués du personnel ou des salariés dans le même délai (C. com., art. R236-16) ;

- l'attestation de conformité doit être délivrée, par le greffier, dans les

huit jours du dépôt de la déclaration de conformité ; le contrôle de légalité de l'opération par le greffier, ou le notaire, doit être opéré dans un délai de 15 jours à compter de la réception du dossier ; ce dernier doit contenir les documents visés à l'article R. 236-19 du code de commerce (attestation de conformité ; projet commun de fusion ; statuts de la société issue de la fusion ; attestation du respect des modalités relatives à la participation des salariés ; etc.).

Néanmoins ces mesures n'ont rien d'exceptionnelles et aboutissent finalement à une procédure quasi identique à celle applicable entre deux sociétés françaises.

Cette directive est importante dans la mesure où elle rend possible les fusions internationales de sociétés au sein de l'Union Européenne et facilite ainsi la réorganisation, la restructuration et la mobilité des groupements à l'échelle communautaire.

Cela ouvre la porte à une concurrence accrue entre pays afin de savoir lequel aura le régime le plus favorable notamment d'un point de vue fiscal.

3. Possibilité pour une société cotée sur Euronext de se transférer sur Alternext : homologation du règlement général de l'AMF

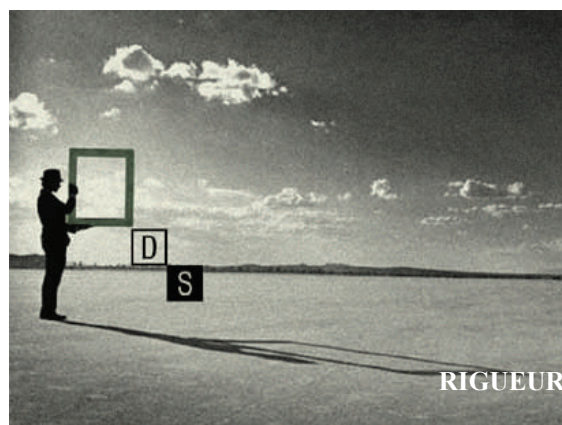
La loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le

fonctionnement des marchés financiers prévoit la possibilité pour une société cotée sur un marché réglementé de demander l'admission aux négociations de ses instruments financiers sur un système multilatéral de négociation organisé.

La loi concrétise enfin le vœu des PME cotées sur Euronext dont elles déplorent, pour la plupart, le manque de souplesse : elles peuvent désormais transférer leurs titres sur Alternext.

La loi aménage les conditions de ce transfert, notamment quant à l'information du public préalablement à la radiation des titres sur un marché réglementé (C. mon. fin., art. L. 421-14, V). Les régimes des déclarations de franchissement de seuils et les règles relatives aux offres publiques (OPA, OPE, OPR et offres obligatoires) sont maintenus pendant les trois ans qui suivent le transfert (C. com., art. L. 233-7-1 ; C. mon. fin., art. L. 433-5).

À la suite de ces nouvelles dispositions législatives, l'Autorité des Marchés Financiers a adapté, en concertation avec les professionnels, certains articles de



son règlement général. L'arrêté du 4 novembre 2009 portant homologation des modifications du règlement général de l'AMF a été publié au JO du 13 novembre 2009.

Le dispositif législatif et réglementaire encadrant la possibilité de transfert repose, notamment, sur les éléments suivants :

- la capitalisation boursière de l'émetteur doit être inférieure à un milliard d'euros ;
- une réunion de l'assemblée générale des actionnaires doit se tenir au minimum deux mois avant l'éventuel transfert afin de statuer sur ledit projet ;
- l'émetteur doit informer le public de son projet via la diffusion de deux communiqués :

1. le premier informant le public deux mois au moins avant la date envisagée pour le transfert;
2. le second, postérieur à l'assemblée ayant statué sur le transfert, étant requis dès que l'organe de direction de l'émetteur décide la mise en oeuvre effective du transfert.

Ces deux communiqués précisent les raisons de l'opération souhaitée et ses conséquences (notamment juridiques, financières, comptables etc.) pour les actionnaires et le public. Ils comportent également le calendrier prévisionnel de l'opération.

Cette nouvelle loi a été favorablement accueillie, la grande majorité des dirigeants de PME partageant le constat d'un alourdissement des règles applicables aux sociétés admises à la négociation sur un marché réglementé.

4. Décision de la commission des sanctions de l'AMF du 25 juin 2009 concernant la preuve d'un manquement d'initié

Toute personne détenant une information privilégiée et « qui sait ou qui aurait du savoir qu'il s'agit d'une information privilégiée » doit s'abstenir de l'utiliser en acquérant ou en cédant pour son propre compte ou pour le compte d'autrui les instruments financiers auxquels se rapporte cette information. Elle doit également s'abstenir de communiquer cette information à une autre personne (Règlement général de l'AMF, article 622-1 et 622-2).

Une information privilégiée est une information précise, non publique et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours du titre (article 621-1).

La commission des sanctions de l'AMF a considéré que présentait





ces caractéristiques l'information relative à l'entrée d'un investisseur institutionnel dans le capital d'une société dont les actions étaient admises aux négociations sur le marché Euronext Paris, cette prise de participation devait être suivie d'une offre publique d'acquisition simplifiée.

Ces deux opérations n'avaient été rendues publiques que trois jours après la date d'acquisition de titre de ladite société par investisseur privé. Elles aboutissaient à une valorisation des actions en cause à 95 EUROS, alors que celles-ci cotaient autour de 72 EUROS au moment de ladite acquisition. Cette acquisition avait été reprochée à l'investisseur privé.

Toutefois la commission a considéré qu'il n'était pas établi que seule la détention de cette information privilégiée pouvait expliquer les achats litigieux. Certes l'acquéreur entretenait des contacts amicaux avec un salarié de l'investisseur institutionnel chargé de suivre l'opération, mais cela ne suffisait pas à prouver qu'il aurait utilisé une information transmise par ce salarié.

La commission des sanctions considère que la détention et

l'utilisation d'informations privilégiées peuvent être établies par un faisceau d'indices desquels il résulte que seule cette détention peut expliquer les opérations auxquelles les personnes mises en cause ont procédé. Mais encore faut-il, comme l'illustre sa décision ci-dessus, que ces indices soient concordants et déterminants pour que le manquement soit caractérisé.

5. Précisions récentes quant à la représentation légale d'une SAS par son directeur général

Aux termes de l'article L227-6 du code de commerce toute société par actions simplifiée « est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts ».

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2003, seul ce dernier était investi par la loi du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers. Ce texte, qui a mis fin au monopole du président, a ouvert la voie à une nouvelle organisation de la représentation des SAS en permettant à un ou plusieurs directeurs généraux et/ou directeurs généraux délégués (conformément à l'article L227-6 du code de commerce) d'être titulaires du pouvoir d'engagement de la société.

Cette possibilité est toutefois limitée au respect de certaines conditions, l'idée générale étant d'assurer une sécurité juridique aux conventions conclues en désignant par la loi les représentants habilités à engager la société.

La cour de cassation dans son arrêt du 3 juin 2008 (n°07-14.457) avait pu annuler une procédure judiciaire formée par une SAS représentée par son directeur général car la SAS « ne justifiait pas, à l'égard des tiers, d'une délégation à son directeur général de pouvoir la représenter ».

Un arrêt récent de la cour d'appel de Versailles du 24 septembre 2009 (n°08-02.615) s'est inscrit dans la droite ligne de cette décision. La cour retient que « les pouvoirs du président de la SAS ne pouvaient être confiés à des directeurs généraux délégués qu'à la double condition que cette délégation soit prévue par les statuts et déclarée aux RCS avec mention sur l'extrait K-bis ».

A la suite de la loi du 1er août 2003, la mise à jour des statuts d'une SAS est donc obligatoire afin que les pouvoirs de représentation du directeur général ainsi que du directeur général délégué soient opposables aux tiers. Il convient d'appliquer l'article L227-6 alinéa 3 à la lettre et de retenir que seuls les statuts et aucun autre acte peuvent conférer un tel pouvoir.

Notons enfin que ces dirigeants doivent être mentionnés au Registre du commerce et des sociétés. Le pouvoir de représenter la société

n'est d'ailleurs opposable aux tiers qu'après avoir été publié par un dépôt régulier au greffe du tribunal de commerce.

6. Plan de cession totale et sort des contrats non cédés

Jusqu'ici, il semblait résulter de la jurisprudence que les contrats non repris par le plan de cession totale dans le cadre d'une procédure collective prenaient « nécessairement fin au jour de la décision de cession », selon la formule employée à plusieurs reprises, notamment, par la cour d'appel de Paris le 17 mai 1994.

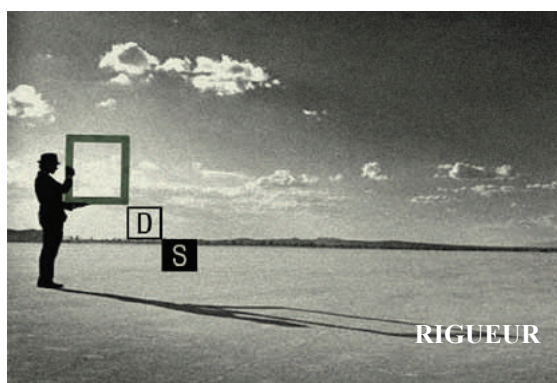
La chambre commerciale de la cour de cassation s'était prononcée sur ce sujet en qualifiant d'excès de pouvoir la décision du tribunal prononçant la résiliation d'un contrat non cédé dans le plan de cession (C.COM, 10 mars 2009).

Il en résultait que le cocontractant ne pouvait pas, après cession totale, demander et obtenir la résiliation du contrat poursuivi et cela que l'option en faveur de la continuation ait été ou non exercée.

Une seule exception à ce principe : en cas de défaut de paiement du débiteur.

L'arrêt de la cour de cassation du 6 octobre 2009 vient condamner fermement cette thèse de la résiliation de plein droit.

Ce n'est pas en effet parce que la société prenait fin de droit par l'effet du jugement ordonnant la



cession totale des actifs de la société, que les contrats devaient s'en trouver résiliés dès lors que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. Rien ne permettait donc de juger que ces contrats en cours, non cédés, étaient résiliés.

7. L'absence de prise en compte d'une notification d'un redressement de l'URSSAF caractérise le délit de présentation de comptes annuels infidèles

La présente affaire objet de cet arrêt de rejet (C.CRIM, 25 février 2009) rappellent aux dirigeants qui contesteraient, l'existence d'une dette sociale, qu'ils ne peuvent pas pour autant s'abstenir d'en faire état de façon transparente en comptabilité et de révéler l'existence de la contestation aux actionnaires.

En l'espèce, à l'issue d'un contrôle et malgré les observations faites en réponses, l'URSSAF avait notifié un redressement à une société anonyme, que le dirigeant de celle-ci avait aussitôt contesté. Ce dirigeant, pourtant expert-comptable et commissaire aux

comptes avait choisi, au motif que la créance contestée de l'URSSAF n'était ni certaine ni exigible, de ne porter en provision qu'un montant représentant moins de un quinzième de celui déterminé par l'URSSAF, et de ne rien mentionner en annexe. Peu avant la réunion de l'assemblée annuelle, il avait répondu au commissaire aux comptes de la société qu'il n'existait à sa connaissance aucune réclamation susceptible de générer des indemnités au détriment de la société et il avait attesté l'absence de litige ou contentieux significatif en cours.

De cela, les juges du fond avaient conclu qu'était constitué, en ses éléments matériels et intentionnels, le délit de présentation de comptes ne donnant pas une image fidèle du résultat de l'exercice.

Le pourvoi s'appuyait ici sur la violation des dispositions de l'article R123-179 du code du commerce, c'est-à-dire sur les dispositions relatives au principe comptable de prudence et à l'obligation de constituer provision. Le dirigeant s'estimait ne pas être tenu de l'obligation de constituer provision correspondant au montant totale du redressement au motif que le redressement décidé par l'URSSAF était contesté et que la dette correspondante n'était ni certaine ni exigible.

La chambre criminelle a refusé que soit remise en question leur appréciation des faits et des circonstances.

Un jugement ancien aurait pu laisser un espoir au dirigeant d'échapper

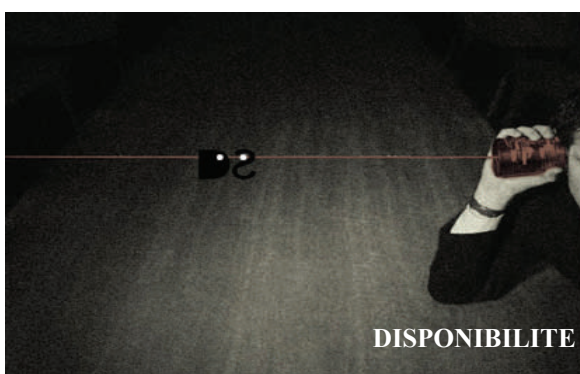


à la condamnation (TGI du Havre, 23 juin 1975). Il avait été jugé que la non inscription, même sous forme de provisions, aux comptes de l'exercice d'une créance de la direction des impôts qui n'était alors ni certaine ni exigible, apparaît justifié et ne peut témoigner d'une intention de fraude.

Depuis la clémence du jugement rendu en 1975, le principe comptable anglo-saxon de true and fair view a été repris par la Directive du 25 juillet 1978 puis en droit interne avec la loi et le décret « comptable » de 1983, comme principe de « l'image fidèle ».

L'article L123-14 du code de commerce exige que des informations complémentaires, ou des explications et une présentation des incidences soient mentionnées à l'annexe, que ce soit en cas d'insuffisance d'une prescription comptable, ou dans l'hypothèse d'une prescription inappropriée à l'obtention d'une image fidèle.

Il ressort de cet arrêt que la notion comptable d'image fidèle doit s'entendre de la délivrance d'une information objective et exhaustive : l'exigence de fidélité des comptes interdit aux dirigeants d'opérer un filtrage, qu'elle qu'en soit la raison.



8. Inapplicabilité d'une clause de préemption à une donation d'actions (Cours de cassation, 17 mars 2009, n°08-11268)

En l'espèce un article des statuts d'une société anonyme prévoyait que « toute cession d'actions, même entre actionnaires, doit respecter les droits de préemption prévus au présent article ». La notification devait contenir « le nombre d'actions à céder, le prix et les autres conditions de la cession projetée ». Il était également ajouté que « cette notification vaut offre de cession au prix et conditions mentionnées, au profit de tous les actionnaires, selon les modalités ci-après précisées ».

Un actionnaire avait fait donation de deux de ses actions à ses enfants sans mettre en œuvre la procédure statutaire relative au droit de préemption reconnu aux actionnaires.

Les juges du fond avaient estimé que, pour ne pas avoir respecté la clause de préemption, la donation d'actions était inopposable à la société et aux actionnaires.

La question ici était de savoir si on peut ainsi assimiler une donation à une cession d'actions.

La chambre commerciale casse l'arrêt d'appel en affirmant que la procédure de préemption organisée par cette clause est, « en l'absence de prix » sans application aux cessions consenties à titre gratuit.

La Cour de cassation rappelle que la clause statutaire en discussion prévoyait l'indication du prix de cession des actions et que la notification valait offre de cession au profit des bénéficiaires de la clause de préemption, aux prix et conditions mentionnées.

Le mécanisme de préemption mis en place au sein de cette société anonyme reposait sur la prise en compte du prix des actions.

L'absence de « prix », inhérent à l'acte de donation, constitue donc un obstacle à l'application à ce type d'acte d'une clause de préemption tout entière construite, pour sa mise en œuvre, sur l'existence d'un prix.

Cet arrêt encourage les rédacteurs de statuts à faire preuve de plus de précision lorsqu'il s'agit d'exprimer la volonté des associés à propos des restrictions relatives à la liberté de transmission des actions.

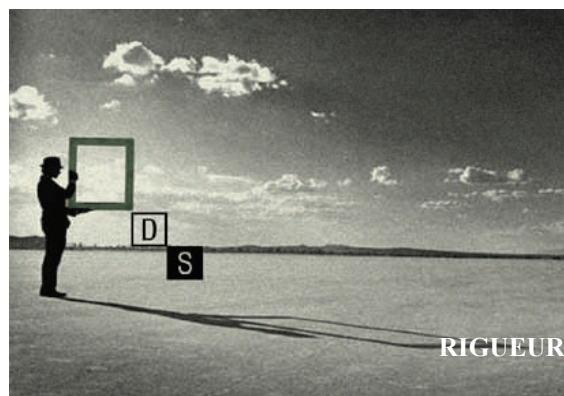
Le complément de retraite alloué par une société à l'ancien président du conseil d'administration doit être justifié par les services rendus (Cour de cassation, 10 novembre 2009, n° 08-70.302)

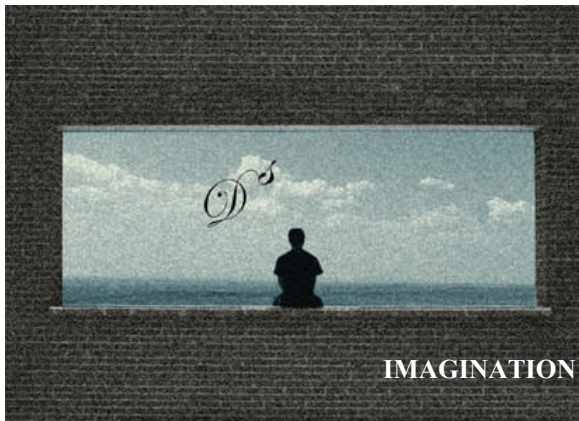
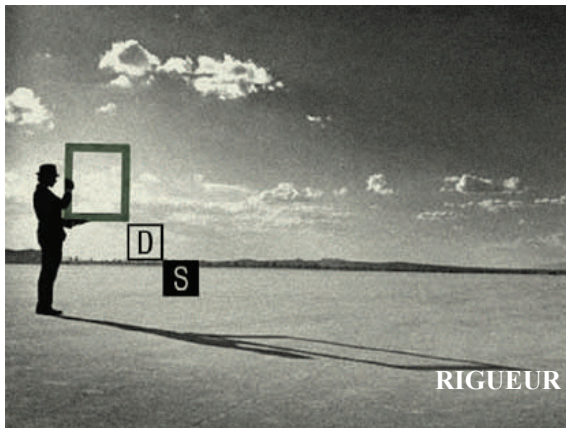
Suite à sa démission, le président du conseil d'administration assigne la société pour obtenir le paiement de sommes d'argent en application d'un engagement particulier de retraite additionnelle qu'elle avait pris en sa faveur.

La cour d'appel le déboute de sa demande.

La chambre commerciale approuve son raisonnement au motif que « si le bilan de l'action de M.X était positif, il n'était pas pour autant établi que les services dont il se prévalait, qui avaient été rendus par lui dans l'exercice de ses fonctions de président du conseil d'administration de la société Carrefour justifiaient l'allocation d'une rémunération venant s'ajouter à celle qu'il avait perçue au titre de ses fonctions ».

Ici, classiquement, la chambre commerciale rappelle que le supplément de rémunération accordée par une société à un dirigeant social l'occasion de sa retraite doit être justifié par des services particuliers rendus pendant ses fonctions.





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

DS

**PARIS
LYON
BRUXELLES
BARCELONE
MILAN
TUNIS
BUENOS AIRES
SHANGHAI
PEKIN
CANTON
HANOI
HO CHI MINH VILLE
SINGAPOUR**