

Actualités M&A / Droit Boursier

Avril 2011

1. DEVELOPPEMENTS LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES, CONSULTATIONS ET RECOMMANDATIONS

Sommaire

1.1 Sociétés : généralités

1.1.1 Proposition de loi dite Warsmann du nom de son auteur (devenue loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ¹)

1. Développements législatifs et réglementaires, consultations et recommandations	1
2. Jurisprudence.....	5

Travaux de commission mixte paritaire :

[Rapport n° 404 \(2010-2011\) de M. Bernard SAUGEY, fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 6 avril 2011](#)

[Texte de la commission](#) n° 405 (2010-2011) à la date du 6 avril 2011

Le Parlement a adopté jeudi 14 avril, après un ultime vote du Sénat, la proposition de loi de "simplification et d'amélioration de la qualité du droit", pavé législatif fourre-tout de plus de 150 articles.

Sur le terrain du droit des sociétés, les mesures à garder en tête ont trait, notamment, à l'assouplissement du régime des conventions courantes, à l'allègement de certains règles relatives aux fusions et à l'introduction d'une nouvelle procédure de fusion simplifiée (détenue à 90%), à la clarification de règles gouvernant la procédure d'augmentation de capital avec suppression du droit préférentiel de souscription ainsi que l'aménagement des règles relatives aux procédures d'augmentations de capital réservées aux salariés dans le cadre de sociétés sans salarié ou appartenant à un groupe.

[Le dossier législatif](#)

[Le texte adopté](#)

Les 14 et 15 avril, le Conseil constitutionnel était saisi de deux recours qui ont depuis lors donné lieu à examen puis à décision, par laquelle quelques dispositions ont été déclarées non conformes à la Constitution.

[Le texte publié](#)

1.1.2 Directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes

La Directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes a été publiée au JOUE du 29 avril 2011.

¹ Le texte a été publié au JO le 18 mai 2011. Un examen plus approfondi des dispositions relatives au droit des sociétés figurera dans le prochain numéro des Actualités.

Vos contacts chez Clifford Chance :

Catherine Astor-Veyres : 01 44 05 53 25

catherine.astor-veyres@cliffordchance.com

Gilles Lebreton : 01 44 05 53 05

gilles.lebreton@cliffordchance.com

Pour tout renseignement sur la présente veille, vous pouvez contacter :

Cécile Duval : 01 44 05 52 58

cecile.duval@cliffordchance.com

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS 50018, 75038 Paris Cedex 01, France
www.cliffordchance.com

Cette directive qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2011 procède essentiellement à une consolidation des différentes directives récentes ayant procédé à des modifications de ou des ajouts à la 3^{ème} directive 78/855/CE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions de sociétés anonymes.

Elle vise donc notamment à codifier cette ancienne directive ainsi que ses différentes modifications dans la nouvelle directive ².

[La Directive](#)

1.1.3 EIRL : Frédéric LEFEBVRE a signé une convention avec OSEO et la SIAGI pour améliorer l'accès des EIRL aux crédits en leur apportant de nouvelles garanties

Frédéric LEFEBVRE, secrétaire d'Etat chargé des PME, a signé le 1^{er} avril, une convention avec OSEO et la SIAGI (Société de caution mutuelle de l'artisanat et des activités de proximité) pour que ces organismes apportent leurs garanties aux Entrepreneurs Individuels à Responsabilité Limitée (EIRL) afin d'améliorer leur accès aux crédits. 70% du montant des crédits accordés aux EIRL pourront ainsi être couverts par ces nouvelles garanties.

Des réunions devraient prochainement être organisées dans l'ensemble des départements sous l'égide de la Banque de France. Ces réunions qui mobiliseront les réseaux d'entrepreneurs et les banquiers locaux devraient permettre l'accompagnement des entrepreneurs dans la formulation de leur demande de crédits.

[Le communiqué](#)

1.1.4 Simplification administrative pour les PME : les propositions du MEDEF et les mesures proposées

Dans la perspective des Assises de la simplification administrative tenues le 29 avril, le MEDEF a publié le 21 avril un certain nombre de propositions destinées à réduire la surcharge administrative pesant sur les TPE, PME et ETI.

Les propositions concernent tous les domaines dont notamment, la santé et la protection des salariés, la formation, la fiscalité, la transposition de la réglementation européenne, les marchés publics, le droit des sociétés, l'épargne salariale, et l'environnement.

S'agissant de la fiscalité, le MEDEF propose ainsi, entre autres suggestions, que les relations avec l'administration fiscale soient simplifiées, que les entreprises soient encouragées à utiliser les procédures de rescrit fiscal, que les délais de traitement et de procédures soient rendus plus homogènes.

Sur le terrain du droit des sociétés, il est suggéré diverses suppressions, telles l'obligation pour les sociétés non cotées de publier après leurs assemblées générales leurs droits de vote, les restrictions affectant le rachat par ces mêmes sociétés de leurs propres actions ou l'obligation de communication des conventions courantes conclues à des conditions normales ³. L'aménagement du régime des cautions, avals et garanties est également proposé dans le cadre des groupes de sociétés en permettant au conseil d'autoriser par avance le représentant légal à constituer des garanties déplaçonnées. La publication de l'information comptable devrait également être assouplie comme le suggère l'Autorité des Normes Comptables (ANC) en proposant, notamment, la réduction du volume des états financiers et principalement des annexes et en prenant en compte les besoins et l'environnement des entreprises dans le cadre du processus d'élaboration des normes comptables.

Du côté de la santé au travail, les propositions visent à alléger la démarche liée à l'élaboration du document unique à l'usage des TPE avec une mise à jour uniquement en cas de modification des conditions de travail,

² Pour mémoire, des mesures de transposition couvrant le domaine des fusions figurent dans le texte de la proposition de loi dite de d'amélioration et de simplification de la qualité du droit évoquée en point 1.1.2. Ces mesures seront évoquées lors de la revue des dispositions de ce texte intéressant le droit des sociétés qui sera faite dans la prochaine édition des Actualités.

³ Pour mémoire, la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (point 1.1.1. ci-dessus) aménage déjà le régime des conventions de ce type en en assouplissant le formalisme.

d'hygiène et de sécurité.

[Les propositions du MEDEF](#)

Durant ces assises, Frederic Lefebvre, secrétaire d'Etat chargé des PME a annoncé un plan comprenant 80 mesures dont certaines seraient effectives dès l'été 2011. Parmi celles-ci, certaines concernent l'amélioration du quotidien de l'entreprise : simplification de la cession de fonds de commerce, simplification des formalités liées au transfert de siège social, suppression de l'obligation d'établir un rapport du commissaire aux apports pour certains apports, faciliter l'augmentation de capital des SARL, reconnaître expressément la possibilité d'apports partiels d'actifs entre sociétés de formes juridiques différentes.

Il faut donc s'attendre à des projets de loi sur ces points dans les mois qui viennent.

[Communiqué](#)

1.2 Gouvernement d'Entreprise

1.2.1 Cumul et incompatibilité des mandats sociaux dans les SA

A été déposée au Sénat le 24 mars 2011, une proposition de loi relative aux règles de cumul et d'incompatibilité des mandats sociaux dans les sociétés anonymes, qui a pour objectif d'améliorer l'efficacité de la gouvernance économique et de renforcer l'implication et l'indépendance des mandataires sociaux dans les conseils d'administration et les conseils de surveillance en limitant au préalable les possibilités de cumul de mandats, exécutifs et non exécutifs.

Cette proposition qui émane du groupe socialiste au Sénat, vise à alourdir le régime actuellement en vigueur tel qu'issu de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, modifié par la loi n°2002-1303 du 29 octobre 2002 modifiant certaines dispositions du code de commerce relative aux mandats sociaux. Elle tend également à en simplifier la mise en application en regroupant quelques dispositions diverses contenues au code du commerce et en abrogeant bon nombre d'articles.

Sans entrer dans le détail du texte, la proposition viserait à réduire à 3 (contre 5 actuellement) le nombre total de mandats d'administrateur ou de membre de conseil de surveillance ou de membre du directoire qu'une même personne peut occuper en France ou hors du territoire français, mandats sur lesquels seul un seul pourrait être exécutif (président du conseil d'administration⁴, directeur général, président du directoire, membre du directoire, directeur général unique, président du conseil de surveillance). Le régime des dérogations serait également renforcé tout comme serait introduit un principe d'interdiction de cumul de fonction dirigeante au sein d'une entreprise publique et d'une entreprise privée. Les personnes visées par ce texte disposeraient d'un délai de 3 mois pour se mettre en conformité avec les dispositions issues de la loi, à défaut de quoi elles seraient réputées démissionnaires de tous leurs mandats et les délibérations auxquelles elles avaient pris part réputées invalides.

Ce texte, qui a fait l'objet d'un envoi à la commission des lois constitutionnelle, fera sans nul doute l'objet de multiples retouches et modifications. A moins qu'il ne suive le sort d'autres propositions.

[Proposition de loi relative aux règles de cumul et d'incompatibilité des mandats sociaux dans les sociétés anonymes, n° 376, de Nicole Bricq et plusieurs de ses collègues.](#)

1.2.2 Améliorer la gouvernance des entreprises européennes

La Commission européenne a lancé le 5 avril 2011 une consultation publique, sous la forme d'un Livre vert, sur les moyens d'améliorer le cadre de la gouvernance des entreprises européennes.

Le Livre vert vise à lancer un débat général sur un certain nombre de questions, et notamment sur les aspects suivants :

⁴ A noter, ce mandat, s'il n'est pas associé à celui de directeur général, n'est pas à proprement parler un mandat exécutif.

- les moyens d'assurer le bon fonctionnement des conseils d'administration et la diversité de leurs membres, en promouvant par exemple la mixité hommes-femmes ou la coexistence de nationalités, de compétences et de parcours professionnels différents ;
- les moyens d'améliorer l'implication des actionnaires dans la gouvernance de l'entreprise et de les encourager à s'intéresser à la pérennité de ses résultats et de ses performances, tout en renforçant également la protection des actionnaires minoritaires ;
- les solutions qui permettraient d'améliorer le suivi et l'application des codes de gouvernance d'entreprise existant au niveau national, de manière à ce que les investisseurs et le public disposent d'informations pertinentes.

La date limite de réponse à cette consultation a été fixée au 22 juillet 2011.

[Communiqué de presse n° IP/11/404 de la Commission européenne du 5 avril 2011 - "Comment améliorer le cadre de la gouvernance des entreprises en Europe ?"](#)

Europa (05/04/2011)

1.2.3 Conflits d'intérêts : guide du MEDEF (pour mémoire)

Comme annoncé ⁵, le guide à destination des dirigeants d'entreprises établi par le Comité d'éthique du MEDEF intitulé " Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise" a été mis en ligne courant avril sur le site du MEDEF. Il contient 5 recommandations dont il illustre la mise en œuvre par des exemples pratiques.

[Le Guide](#)

1.3 Emetteurs et information financière

1.3.1 Indemnisation pour les investisseurs privés : proposition de la commission des affaires économiques

Dans le cadre du travail de révision entrepris dix ans après l'entrée en vigueur de la directive relative aux systèmes d'indemnisation ⁶, la commission des affaires économiques (l'une des 20 commissions parlementaires permanentes du Parlement européen) a fait savoir le 14 avril, qu'elle est d'avis que les investisseurs privés doivent être mieux protégés contre les pratiques frauduleuses ou déficientes des entreprises d'investissement, et pouvoir bénéficier d'une indemnisation d'au moins 100 000 euros. Les nouvelles règles, modifiées par la commission, réduiraient de moitié le délai de capitalisation des systèmes d'indemnisation nationaux et permettraient aux autorités locales, aux ONG et aux privés, de déposer des demandes d'indemnisation ⁷.

Les Etats membres doivent maintenant s'entendre sur une position commune après quoi les négociations entre le Parlement européen et la Commission pourront commencer. Le Parlement dans son ensemble devrait se prononcer sur les propositions courant juin.

[Le communiqué](#)

⁵ Voir Actualités M&A/Droit boursier mars 2011, point 1.2.1.

⁶ Directive 97/9/CE du parlement européen et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs qui exige des Etats membres de mettre en place un système (ou des systèmes) d'indemnisation des investisseurs. Toutes les entreprises d'investissement fournissant des services d'investissement doivent être membre de ce(s) système(s), étant toutefois précisé que peuvent en être dispensés les établissements de crédit qui appartiennent déjà à un système de protection garantissant une protection au moins équivalente à celle d'un système d'indemnisation et remplissant certaines condition spécifiques. (Source Europa)

⁷ Dans sa proposition de modification de la législation européenne actuelle, la Commission fixait le niveau d'indemnisation minimum garanti à 50 000 euros. Par ailleurs, la Commission laissait un délai de 10 ans (contre 5 ans pour la commission parlementaire) pour atteindre le niveau cible de financement.

1.4 Prestataires / Infrastructures de marché

1.4.1 Prestataires de services d'investissement : responsable de la conformité

Un arrêté du 28 mars 2011 portant homologation de modifications du règlement général de l'Autorité des marchés financiers a apporté quelques modifications à l'article 313-39 du RGAMF relatif au contrôle effectué par l'AMF lors de la délivrance de la carte professionnelle à la personne appelée à exercer les fonctions de responsable de la conformité.

[Arrêté du 28 mars 2011 portant homologation de modifications du règlement général de l'Autorité des marchés financiers.](#)

1.4.2 OICV - Enjeux relatifs à la *dark liquidity* (pôles de liquidité non transparents)

L'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV ou IOSCO) a mené une consultation sur les enjeux associés aux pôles de liquidité non transparents (*dark liquidity*). Tout en regrettant le relatif manque d'ambition de l'OICV sur un sujet crucial en termes de structure de marché, l'AMAFI a soutenu les propositions formulées par celle-ci ([AMAFI / 11-08](#)) et s'en explique par un communiqué en date du 21 mars 2011.

[Le communiqué](#)

1.5 Gestion collective

1.5.1 Instruction n° 4-K-1-11 du 28 mars 2011 sur le régime fiscal des dividendes de SICAV versés à des non-résidents

Dans le cadre de la transposition de la directive OPCVM IV, l'AFG avait souligné la nécessité d'une réforme permettant à la place de Paris d'attirer l'implantation d'OPCVM maîtres en alignant le régime fiscal des revenus distribués par les SICAV à leurs actionnaires non résidents sur celui des FCP. La DLF a répondu favorablement à cette demande par l'instruction fiscale 4K-1-11 publiée au B.O.I. n°30 du 7 avril 2011.

Qu'il s'agisse d'une distribution par une SICAV ou un FCP, la retenue à la source est limitée à la quote-part du coupon composé de dividendes de source française (après imputation des frais de gestion).

Après avoir rappelé le traitement fiscal des distributions de revenus effectuées par les SICAV à leurs actionnaires non résidents, la nouvelle instruction pose le principe de l'admission du couponnage pour les revenus distribués par les SICAV à leurs actionnaires non résidents, le couponnage s'entendant comme la possibilité de ventiler les revenus distribués à leurs actionnaires non résidents en tenant compte de l'Etat de leur source (France ou étranger) et de leur nature juridique (revenus d'obligations, dividendes...)

[Instruction fiscale n°4-K-1-11.](#)

1.5.2 L'Autorité des marchés financiers lance une consultation sur les modifications du Livre III du règlement

Dans le prolongement des travaux de transposition de la directive n°2009/65/CE du 13 juillet 2009 (directive «OPCVM IV») dans le code monétaire et financier engagés par la Direction du Trésor, l'AMF lance une consultation sur les mesures d'application des dispositions de cette directive qui modifieront le Livre III du règlement général de l'AMF concernant les sociétés de gestion de portefeuille et les dépositaires d'OPCVM (fin de la consultation : 13 mai 2011).

[Le communiqué](#)

[La consultation](#)

Les mesures relatives au Livre IV du RGAMF (OPCVM) feront l'objet d'une consultation publique distincte, qui sera engagée au cours du mois de mai 2011⁸.

Les principales modifications du livre III portent sur :

- les conditions dans lesquelles les sociétés de gestion de portefeuille peuvent placer leurs fonds propres;
- l'application de la procédure de traitement des réclamations prévue par la directive OPCVM IV aux réclamations émanant des clients;
- l'application du dispositif de gestion des risques prévu par la directive OPCVM IV à la gestion d'OPCVM ainsi qu'à la gestion individuelle et à la gestion d'OPCI;
- l'adaptation du contenu de la convention-type conclue entre la société de gestion de portefeuille et le dépositaire à la directive OPCVM IV.

2. JURISPRUDENCE

2.1 Sociétés : dissolution

En relevant que la dissolution d'une société avait été prise à l'initiative de son associé majoritaire sans motif sérieux, les juges ont pu retenir que cette société avait abusivement profité de sa position d'associée majoritaire au sein de la société dissoute pour mettre un terme aux activités de cette entreprise, empêchant par là-même toute possibilité d'exécution de l'engagement d'achat conclu entre l'associé majoritaire et l'associé minoritaire, ces agissements fautifs causant à ce dernier un préjudice constitué par la perte d'une chance de pouvoir céder les titres en sa possession dans les conditions contractuellement prévues; la décision de dissolution a donc été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de permettre à l'associé majoritaire de se soustraire à ses engagements envers l'associé minoritaire. (Cass. com. 8 février 2011, n°10-11788 (FD) Sté TFN c/ Sté Casif)

Cet arrêt énonce sous la forme d'une pétition de principe que la décision de dissolution qui constitue, en quelque sorte, l'un des derniers actes du pacte social, doit malgré tout en suivre les principes. La décision de dissolution est une décision d'une portée toute particulière qui marque la fin du contrat social dans sa forme initiale pour ouvrir une nouvelle époque où la place laissée à la convention des parties est moindre. Et c'est précisément parce que la décision de mise en dissolution est lourde de conséquences qu'il convient de s'assurer qu'elle a été prise en ayant à l'esprit l'intérêt social dans son ensemble et non des intérêts particuliers.

Pour le commentateur de cette décision dans le Bulletin Joly⁹, cet arrêt est critiquable car il fait une application malencontreuse et excessive de la théorie de l'abus de majorité à une hypothèse de dissolution.

En application de l'article 1844-7, 4° du code civil¹⁰, la dissolution anticipée de la société peut être votée sans

⁸ Cette consultation a été lancée le 16 mai dernier. Elle prendra fin le 6 juin 2011.

⁹ Professeur François-Xavier Lucas, dans Bulletin Joly, avril 2011, p.288 et suivantes

¹⁰ **Article 1844-7 du code civil**

La société prend fin :

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article 1844-6 ;

2° Par la réalisation ou l'extinction de son objet ;

3° Par l'annulation du contrat de société ;

4° Par la dissolution anticipée décidée par les associés ;

5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ;

6° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5 ;

7° Par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ;

8° Pour toute autre cause prévue par les statuts.

que ne soit imposée une majorité particulière de sorte que c'est la loi de la majorité qui s'applique dans toute sa portée et avec toutes les conséquences qui s'y attachent. Et l'auteur de s'interroger sur la possible conformité à l'intérêt social d'une décision de dissolution. Comment également justifier l'existence de justes motifs? N'est ce pas se faire juge de décisions teintées de forte subjectivité?

Pour cet auteur, les juges du fond auraient du se placer sur le terrain de la fraude ou du détournement, en invoquant que la procédure de dissolution était mise en œuvre pour aboutir à une liquidation rapide de la société et partant à une perte de personnalité morale conduisant à la disparition des titres faisant l'objet de la promesse.

En toute hypothèse, la réparation de l'associé minoritaire a été confirmée et l'allocation de dommages et intérêts pour ce faire, maintenue. Il est vrai que la liquidation avait été clôturée.

2.2 SARL : coup d'accordéon et droit préférentiel de souscription

L'opération de recapitalisation dans une SARL par laquelle le capital social est réduit à zéro sous réserve d'une augmentation de capital subséquente, opération de réduction aboutissant à l'annulation de parts sociales détenues par certains associés, n'est pas frauduleuse dès lors que les associés n'ont fait qu'user de la latitude que la loi leur offre en la matière pour laquelle *il n'existe pas de graduations légales*. Par ailleurs, dans la mesure où il n'existe pas dans cette forme de société de droit préférentiel de souscription en vertu de la loi, les associés peuvent par décision collective extraordinaire supprimer le droit ainsi prévu dans les statuts. (Cour d'appel d'Aix en Provence 8^{ème} ch. sect. B 2 juillet 2010 Copaver c/ Reverchon)

Cette décision donne l'occasion de rappeler quelques règles applicables en matière de recapitalisation de SARL. En présence de capitaux propres devenus inférieurs à la limite légale posée par l'article L.223-42 du code de commerce pour cette forme de société ¹¹, l'une des possibilités offertes est l'opération de coup d'accordéon par laquelle à une réduction de capital à zéro succède immédiatement une augmentation de capital, à laquelle elle est d'ailleurs indissociablement liée, la première ne pouvant se faire que sous réserve de la seconde. Cette opération est l'une des voies possibles, d'autres le sont, comme le relève l'associé évincé qui fait état d'abandon de créance. Si la réalisation de bénéfices suffisants est la voie optimale, elle n'est pas toujours possible et souvent la reconstitution s'opère par différents moyens comme dans le cas évoqué par l'arrêt.

Sur le terrain de la réduction de capital, l'arrêt en cause suit la jurisprudence antérieure: la validité de l'opération est reconnue, les juges notant que *la décision relevait de la faculté qui appartenait aux associés de décider à leur convenance de la manière dont ils entendaient reconstituer les capitaux propres et que cette manière de procéder ne peut être considérée comme frauduleuse en elle-même*.

S'agissant du droit préférentiel de souscription, le demandeur n'est pas plus entendu car les juges estiment qu'il n'y a pas eu violation de celui-ci, la souscription ayant été immédiatement ouverte pour une période d'un mois. Certes, comme l'avait prévu l'assemblée, la période de souscription s'est trouvée close par anticipation dès lors que toutes les parts nouvelles ont immédiatement été souscrites par les associés majoritaires, mais pour autant, selon la Cour, les droits du demandeur n'ont pas été bafoués et ce pour deux raisons : d'une part, la loi n'ayant

¹¹ Article L.223-42 du code de commerce

Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, les associés décident, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société.

Si la dissolution n'est pas prononcée à la majorité exigée pour la modification des statuts, la société est tenue, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue, de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves, si, dans ce délai, les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social.

Dans les deux cas, la résolution adoptée par les associés est publiée selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

A défaut par le gérant ou le commissaire aux comptes de provoquer une décision ou si les associés n'ont pu délibérer valablement, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société. Il en est de même si les dispositions du deuxième alinéa ci-dessus n'ont pas été appliquées. Dans tous les cas, le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser sa situation. Il ne peut prononcer la dissolution, si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux sociétés en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou qui bénéficient d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Pour mémoire, une réglementation identique existe pour les sociétés anonymes (article L.225-248), auxquelles il faut assimiler les sociétés en commandite par actions et les sociétés par actions simplifiées (articles L.226-1 et L.227-2 respectivement)

pas prévu dans les SARL de droit préférentiel de souscription, celui-ci, s'il a été instauré dans les statuts, peut être supprimé par décision collective extraordinaire des associés et d'autre part, l'intéressé pouvait, en dépit de la souscription intégrale des majoritaires, procéder durant la période de souscription, à une souscription à titre irréductible.

Or, comme le relève la commentatrice de cette décision ¹², ces arguments sont incompatibles car, soit le droit préférentiel de souscription a été supprimé, et il ne peut y avoir souscription, soit, il ne l'a pas été et alors une souscription peut intervenir. Comme elle le fait remarquer, cet arrêt amène à s'interroger sur les conditions du vote de la décision collective des associés par lesquels ceux-ci supprimeraient un droit préférentiel accordé par les statuts : faut-il y voir une modification statutaire votée comme telle à la majorité prévue pour les décisions collectives extraordinaires (ce que semble d'ailleurs envisager l'arrêt) ou une décision devant être votée à l'unanimité comme portant atteinte à une prérogative essentielle du droit de l'associé? C'est vers cette dernière solution que semble pencher l'auteur du commentaire en relevant que si les associés ont prévu dans les statuts de consacrer par une clause l'existence d'un droit préférentiel de souscription, c'est bel et bien que les associés ont entendu ériger ce droit en droit propre, droit qui serait en quelque sorte l'une des manifestations du droit de vote en ce qu'il tend à protéger l'associé d'une dilution.

Et l'auteur de souhaiter que le DPS soit consacré par une disposition du droit commun des sociétés ce qui permettrait d'en clarifier la mise en œuvre ¹³.

2.3 Dirigeants : démission et respect d'un préavis statutaire

En tant que titulaire d'un mandat, un mandataire social peut s'en démettre par un acte juridique unilatéral lequel produit tous ses effets dès lors qu'il a été porté à la connaissance de la société, la méconnaissance du préavis statutaire ne pouvant ouvrir droit qu'à des dommages et intérêts sauf pour le dirigeant démissionnaire à établir qu'il était dans l'impossibilité de continuer le mandat. (Cass.soc. 1er février 2011, n°10-20.953 FS-P, SASU Azelis France c/ Delemme)

Cet arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation, fait une application des règles issues du mandat à la démission d'un directeur général. Alors que la résolution ayant nommé l'intéressé à ses fonctions prévoyait expressément un préavis de 6 mois, celui-ci n'avait pas, pour des raisons liées aux conditions conflictuelles de son départ, respecté celui-ci; qui plus est, en tant que salarié, il avait été désigné en tant que délégué syndical, désignation que son employeur contestait comme étant frauduleuse et comme ne pouvant être effective aussi longtemps que l'intéressé restait directeur général comme étant lié par les termes de son préavis de démission statutaire.

Certes les circonstances de l'espèce étaient particulières et de la portée de la clause de préavis statutaire, dépendait le sort de la désignation en tant que délégué syndical et partant la validité de la procédure de licenciement.

Pour autant, expliquent-elles pourquoi les dispositions contenues aux statuts ont été écartées et que seule ait été retenue comme date d'effet dans les rapports entre associés, la connaissance par la société de la démission de l'intéressé, démission qualifiée d'acte juridique unilatéral. ¹⁴

La jurisprudence, en effet, sur ce point, semblait fixée : si les statuts contiennent des dispositions organisant les modalités de la démission (délai de préavis, motivation de la décision, organisation des suites de la démission dans le souci d'assurer la continuité de la direction..), ces dispositions doivent être suivies pour autant qu'elles n'imposent pas des contraintes à ce point pesantes qu'elles aboutissent en pratique à priver l'intéressé du droit

¹² Professeur Dorothée Gallois-Cochet dans Droit des sociétés avril 2011, p.21 et suivantes

¹³ Peut-être la mesure proposée par Bercy dans le cadre des Assises de la simplification en matière d'assouplissement des augmentations de capital dans les SARL comprendra-t-elle une disposition relative au DPS? (voir point 1.1.4)

¹⁴ Pour mémoire, en application de l'article L.210-9 du code de commerce, à l'égard des tiers, la démission de toute personne chargée de gérer, d'administrer ou de diriger la société (comme toute autre cessation de fonctions ou nomination) n'est opposable aux tiers que si elle a fait l'objet d'une publication au RCS et par annonce légale.

qui est le sien de démissionner.

Or, sur la base de l'article 2007 du code civil ici invoqué ¹⁵, ces dispositions pourraient être écartées sous réserve d'indemniser la société, sauf à établir pour le dirigeant démissionnaire qu'il était dans l'impossibilité de continuer le mandat (*le préjudice considérable* auquel l'article 2007 fait référence). C'est dire, si dans bon nombre d'espèces où les événements entourant la démission sont difficiles (différends sur la stratégie à suivre, heurts avec l'actionnaire majoritaire), les dispositions statutaires seront vraisemblablement rarement suivies.

Reste à savoir si la chambre commerciale sera amenée à suivre la chambre sociale dans son approche de ce type de question ou si l'arrêt ici en cause doit simplement se comprendre à la lumière des circonstances de l'espèce et sa portée être de fait tempérée par celles-ci.

2.4 Dirigeants : responsabilité à l'égard de tiers

Dans le cadre d'une cession de parts, l'absence d'information par le gérant de la société cédante quant à l'existence d'un nantissement portant sur les parts cédées au profit d'une banque, (nantissement qui a ensuite été réalisé et donné lieu à attribution des parts cédées à la banque) ne constitue pas une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions de gérants. La responsabilité personnelle du gérant à l'égard de l'acquéreur ne peut donc être recherchée. (Cass. com; 29 mars 2011, n°10-11.027, n°318 F-D, Sté Urbania Cannes Viant c/ Sté Banque monétaire et financière)

Cette décision est intéressante comme rappel des règles gouvernant la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers.

Dans le cadre d'une cession, le gérant de la société cédante avait omis, ce qui semble difficilement concevable compte tenu du formalisme attaché au nantissement de parts sociales, d'informer son acquéreur de l'existence d'un nantissement portant sur les droits cédés. Qui plus est, il avait délivré lors de la vente une attestation relatives aux parts sociales destinées à être vendues ne mentionnant aucun nantissement et avait confirmé au notaire chargé de rédiger l'acte de vente qu'il n'existait aucun autre nantissement que ceux étrangers à l'instance. Ni les acquéreurs, ni le notaire n'avaient réalisé de revue préalable à la décision d'acquisition ; sinon ils auraient vraisemblablement eu connaissance de ces nantissemments, ne serait-ce que par l'examen des registres sociaux et la revue du consentement que peut donner la société au projet de nantissement en application de l'article 1867 du code civil ¹⁶. Au demeurant, la question ici en cause est autre car l'action a été engagée sur le terrain de la mise en jeu de la responsabilité personnelle du gérant à l'égard des tiers.

Et sur ce point, la jurisprudence reste sévère, la faute retenue doit être d'une gravité telle qu'elle en devient incompatible avec l'exercice des fonctions de gérant. N'est-ce pas le cas en présence d'une omission semble-t-il volontaire d'informer un acquéreur de l'existence d'un nantissement portant sur les droits cédés? On aurait pu le penser, surtout s'agissant de parts d'une société civile immobilière garantissant le remboursement de diverses créances à une banque.

La Cour de cassation en a décidé autrement et continue de limiter strictement l'application des principes dégagés en la matière, et ce vraisemblablement au nom de la sécurité des transactions.

¹⁵ **Article 2007 du code civil**

Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation.

Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

¹⁶ **Article 1867 du code civil**

Tout associé peut obtenir des autres associés leur consentement à un projet de nantissement dans les mêmes conditions que leur agrément à une cession de parts.

Le consentement donné au projet de nantissement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales à la condition que cette réalisation soit notifiée un mois avant la vente aux associés et à la société.

Chaque associé peut se substituer à l'acquéreur dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente. Si plusieurs associés exercent cette faculté, ils sont, sauf clause ou convention contraire, réputés acquéreurs à proportion du nombre de parts qu'ils détenaient antérieurement. Si aucun associé n'exerce cette faculté, la société peut racheter les parts elle-même, en vue de leur annulation.

This Client briefing does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Shanghai ■ Singapore ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

* Clifford Chance also has a co-operation agreement with Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh and a 'best friends' relationship with AZB & Partners in India and with Lakatos, Kóves & Partners in Hungary.