

# Actualités M&A / Droit Boursier

## Juin 2011

### 1. DEVELOPPEMENTS LEGISLATIFS ET REGLEMENTAIRES, CONSULTATIONS ET RECOMMANDATIONS

#### 1.1 Sociétés : généralités

##### 1.1.1 Nouvelles mentions du rapport de gestion : lutte contre les discriminations et promotion de la diversité

La loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, l'intégration et à la nationalité a ajouté une mention à l'énumération déjà fort complète des informations devant figurer dans le rapport de gestion des sociétés cotées et sociétés anonymes de certaine taille en application de l'article L.225-102-1 du code de commerce.

Par son article 9, cette loi a, en effet, prévu (par une adjonction au 5<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.225-102-1 précité) que le rapport de gestion de ces sociétés devra contenir, outre les informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, des informations sur ses engagements *en faveur de la lutte contre les discriminations et la promotion de la diversité*.

### Sommaire

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

---

#### Vos contacts chez Clifford Chance :

**Catherine Astor-Veyres :** 01 44 05 53 25

[catherine.astor-veyres@cliffordchance.com](mailto:catherine.astor-veyres@cliffordchance.com)

**Gilles Lebreton :** 01 44 05 53 05

[gilles.lebreton@cliffordchance.com](mailto: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](mailto:cecile.duval@cliffordchance.com)

Clifford Chance, 9 Place Vendôme, CS  
50018, 75038 Paris Cedex 01, France  
[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Pour mémoire, les dispositions contenues au 5<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.225-102-1 du code de commerce <sup>1</sup> ne sont applicables qu'aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ainsi qu'aux sociétés excédant certains seuils à fixer par décret. L'établissement par la société en cause de comptes consolidés rendra nécessaire la consolidation des informations comme l'exige, notamment, le texte du 6<sup>ème</sup> alinéa de l'article L.225-102-1.

A noter, le décret en Conseil d'Etat déjà attendu en matière d'information sur les engagements de la société en faveur du développement durable <sup>2</sup> devrait également préciser la liste des informations à fournir ainsi que les modalités de leur présentation.

Les dispositions de l'article L.225-102-1 du code de commerce sont applicables par renvoi aux sociétés en commandite par actions <sup>3</sup>.

### 1.1.2 Prime de partage des profits

Le texte contenant la disposition instaurant la prime liant le versement d'un bonus aux salariés à l'augmentation du montant des dividendes alloués aux associés/actionnaires a continué de faire l'objet de débats animés entre les deux Chambres <sup>4</sup>.

Devenu "prime de partage des profits" et faisant l'objet de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi de financement rectificative de la Sécurité Sociale pour 2011, le dispositif n'a pas été fondamentalement modifié dans son esprit, si ce n'est

<sup>1</sup> Article L.225-102-1 du code de commerce (extraits)

[...]

Il comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités. Un décret en Conseil d'Etat établit la liste de ces informations en cohérence avec les textes européens et internationaux, ainsi que les modalités de leur présentation de façon à permettre une comparaison des données.

L'alinéa précédent s'applique aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ainsi qu'aux sociétés dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat. Lorsque la société établit des comptes consolidés, les informations fournies sont consolidées et portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales au sens de l'article L. 233-1 ou les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3. Lorsque les filiales ou les sociétés contrôlées sont installées sur le territoire national et qu'elles comportent des installations classées soumises à autorisation ou à enregistrement, les informations fournies portent sur chacune d'entre elles lorsque ces informations ne présentent pas un caractère consolidable.

Les informations sociales et environnementales figurant ou devant figurer au regard des obligations légales et réglementaires font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directeur.

L'alinéa précédent s'applique à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2011 pour les entreprises dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Il s'applique à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2016 pour l'ensemble des entreprises concernées par le présent article.

L'avis de l'organisme tiers indépendant comporte notamment une attestation sur la présence de toutes les informations devant figurer au regard des obligations légales ou réglementaires. Cette attestation est due à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2011 pour l'ensemble des entreprises concernées par le présent article.

Les dispositions des deux derniers alinéas de l'article L. 225-102 sont applicables aux informations visées au présent article.

Les dispositions des premier à troisième alinéas ne sont pas applicables aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui ne sont pas contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Ces dispositions ne sont, en outre, pas applicables aux mandataires sociaux ne détenant aucun mandat dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

A partir du 1er janvier 2011, le Gouvernement présente tous les trois ans au Parlement un rapport relatif à l'application par les entreprises des dispositions visées au cinquième alinéa et aux actions qu'il promeut en France, en Europe et au niveau international pour encourager la responsabilité sociétale des entreprises.

<sup>2</sup> Modification introduite par la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

<sup>3</sup> Article L.226-1 du code de commerce

La société en commandite par actions, dont le capital est divisé en actions, est constituée entre un ou plusieurs commandités, qui ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, et des commanditaires, qui ont la qualité d'actionnaires et ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Le nombre des associés commanditaires ne peut être inférieur à trois.

Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 225-17 à L. 225-93, sont applicables aux sociétés en commandite par actions.

<sup>4</sup> Voir point 1.1.2 des Actualités M&A/Droit Boursier Mai 2011.

que le régime gouvernant les modalités de mise en œuvre des négociations avec les représentants du personnel ont été assouplies<sup>5</sup>.

## 1.2 Autorités de régulation

### 1.2.1 Publication par l'Autorité des marchés financiers de son rapport annuel 2010

Le 8 juin 2011, Jean-Pierre Jouyet, président de l'Autorité des marchés financiers, a présenté à la presse le rapport d'activité 2010 de l'AMF. A cette occasion, il a également dressé un premier bilan du plan stratégique adopté par l'Autorité à l'été 2009.

A l'horizon 2013, les perspectives d'exécution du plan stratégique s'orientent autour de 3 axes : (i) le renforcement de la protection de l'épargne et la confiance des épargnants, (ii) l'amélioration de la surveillance des marchés et du fonctionnement de la filière répressive et (iii) la contribution au développement de l'attractivité de la place et à l'amélioration du fonctionnement des marchés. Des ressources supplémentaires sont attendues pour mener à bien les actions ainsi proposées et faire face aux nouvelles missions confiées à l'AMF.

La synthèse du rapport annuel passe en revue les principales mesures intervenues tant au plan international que national dans le domaine de la régulation financière puis envisage les différents domaines d'intervention de l'AMF : (i) protection de l'épargne, (ii) marchés et gestion d'actifs, (iii) opérations et informations financières, (iv) surveillance, enquêtes, contrôles et sanctions. Sont également évoqués les documents les plus importants (guides ou rapports) ainsi que les différents groupes de travail mis en place au cours de l'année écoulée.

[Le communiqué Point d'étape et perspectives du plan stratégique de l'AMF publié en 2009](#) [Discours de Jean-Pierre Jouyet Rapport annuel 2010](#) et [Brochure faits et chiffres 2010 Annexes du Rapport annuel 2010 \(intégralité\)](#)

## 1.3 Emetteurs et information financière

### 1.3.1 Positions communes des membres de l'ESMA sur la directive Prospectus<sup>6</sup>

L'European Securities and Market Authority (ESMA) a procédé à une mise à jour de la liste des questions/réponses (Q&A) établie pour la première fois par son prédécesseur le CESR en juillet 2006. Cette liste a été mise à jour la dernière fois en avril 2011. Il s'agit maintenant de la 13<sup>e</sup> version en date de juin 2011.

[Frequently Asked Questions](#)

### 1.3.2 Offres publiques : Mise à jour de deux instructions AMF

Le 24 juin, l'AMF a mis en ligne la version à jour de deux instructions relatives aux opérations d'offres publiques.

- **Instruction n° 2006-07 du 25 juillet 2006 relative aux offres publiques d'acquisition (modifiée)**

La mise à jour vise essentiellement les articles 5 et 6 de l'instruction.

En cas d'offre comportant en tout ou partie la remise de titres (article 5 b), outre la présentation compétente que doit faire l'initiateur conformément à l'article 11 et à l'Annexe I de l'Instruction 2005-11 (voir ci-dessous), celui-ci doit non seulement attester que les informations requises par l'article 231-28 du RGAMF et l'article 5 de l'instruction ont été déposées et ont été ou seront diffusées mais également que ces informations sont conformes à la réalité et ne comportent pas d'omission de nature à en altérer la portée. Une attestation dans les mêmes termes est désormais requise de la part de la société visée par l'offre (article 6 modifié).

<sup>5</sup> Adopté en dernière lecture par le Sénat le 13 juillet dernier, le texte issu de la CMP n'a toujours pas fait l'objet d'une publication au JO. <http://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2010-2011/742.html>.

<sup>6</sup> Directive 2003/71/CE du Parlement Européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation.

Par ailleurs, le chapitre III relatif aux offres portant sur des titres de créance visés au chapitre VIII du Titre III du Livre II du RGAMF est supprimé.

[Instruction n°2006-07 Version anglaise](#)

- **Instruction n° 2005-11 du 13 décembre 2005 relative à l'information à diffuser en cas d'offre au public ou d'admission aux négociations de titres financiers sur un marché réglementé (modifiée)**

Les modifications sont contenues à l'Annexe I (visée ci-dessus dans le cadre de l'Instruction 2006-07) qui a trait à l'offre au public et à l'admission de titres financiers dans le cadre d'une OPE.

Pour la présentation de l'initiateur de l'OPE : en cas d'impact de l'opération envisagée ou de changement de périmètre depuis la clôture du dernier exercice supérieur à 25% des indicateurs de taille de la société initiatrice, une information financière pro forma selon les recommandations de l'ESMA devra être donnée.

S'il s'agit d'actions, des informations complémentaires en matière de déclaration sur le fonds de roulement/capitaux propres et endettement (description de l'incidence de l'OPE sur ces postes) sont requises.

Pour des titres donnant accès au capital (tels des BSA) des informations similaires à celles données pour les actions devront être fournies.

Un assouplissement de l'information à fournir est possible lorsque les titres financiers offerts représentent moins de 10% des titres financiers de même catégorie déjà admis.

La mention du résumé disparaît.

[Instruction n°2005-11 Version anglaise](#)

### **1.3.3 Proposition de loi tendant à améliorer l'information du marché en matière de franchissement de seuils**

Le 29 juin, le Sénateur et rapporteur général de la Commission des finances du Sénat, Philippe Marini, a présenté une proposition de loi tendant à prévenir les prises de contrôle rampantes en améliorant notamment la qualité de l'information donnée au marché. Pour ce faire, la proposition s'oriente autour de 4 axes :

- (i) un régime d'assimilation plus extensif incluant tous les instruments financiers susceptibles d'exercer un effet économique similaire à la détention d'actions, deux catégories d'instruments conservant toutefois un traitement particulier (titres hybrides et actions déjà émises qu'une partie à un contrat financier ne peut acquérir de sa seule initiative) et introduction d'un premier seuil de déclaration à 3% ;
- (ii) l'adaptation de la déclaration d'intention en cas de dénouement des accords et instruments auxquels le déclarant est partie, le cas échéant, et l'actualisation de la déclaration de franchissement en cas de modification ultérieure de la répartition au sein de la participation déclarée entre les actions et droits de votes détenus ;
- (iii) l'adaptation du régime de sanction, en complétant le régime de sanction existant en cas d'infraction aux régimes de déclaration de franchissement du seuil et de déclaration d'intention par le prononcé par l'AMF d'une sanction pécuniaire ; et
- (iv) l'articulation entre le régime de déclaration de franchissement du seuil et celui des offres publiques obligatoires, en complétant la dérogation au dépôt d'une offre publique obligatoire par une reprise à l'article L.433-3 du Code monétaire et financier de l'essentiel des termes actuellement contenus à l'article 234-4 du RGAMF.

Ce texte, qui a enregistré à la Présidence du Sénat le 29 juin 2011, ne figure pas encore à l'ordre du jour du Sénat.

<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl10-695.html>

## 1.4 Gestion collective

### 1.4.1 Publication du Rapport d'activité 2010/2011 de l'AFG

Le rapport d'activité 2010/2011 de l'Association Française de la Gestion Financière (AFG) a été présenté à l'assemblée générale à l'occasion des 50 ans de l'association. Ce rapport rappelle les étapes qui ont marqué la naissance et le développement de l'industrie française de la gestion financière. Il met également en évidence tous les grands chantiers et actions menés par l'association tout au long de l'année écoulée. Enfin, il décrit les nouveaux défis que le métier devra relever dans les années à venir pour renforcer la place de Paris comme centre de gestion financière de premier plan, et insiste sur l'indispensable promotion de l'épargne longue destinée à répondre aux besoins croissants liés à la retraite et au bon financement de l'économie française.

[Rapport d'activité 2010/2011 de l'Association Française de la Gestion Financière](#)

## 2. JURISPRUDENCE

### 2.1 Dirigeants

#### 2.1.1 Statut

**Diverses décisions récentes apportent des précisions intéressantes relatives au statut juridique des dirigeants.**

- **Un administrateur propriétaire d'aucune action de la société (en contrariété des statuts) nommé aux fonctions de président de deux sociétés anonymes, qui dans les 4 mois de sa nomination à ses fonctions, n'a pas régularisé sa situation, est réputé démissionnaire d'office quand bien même il n'aurait jamais été mis en demeure de régulariser sa situation. (Cass. com. 7 juin 2011, n°10-17.732)**

Cette décision a été rendue avant que n'intervienne la modification apportée à la rédaction de l'article L.225-25 du code de commerce par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 dite LME ; peu importe, les principes dégagés restent applicables, car si l'arrêt envisage certes la question de l'application dans le temps des nouvelles dispositions, la question de l'exigence ou non de détention par les administrateurs d'actions reste d'actualité, bon nombre de sociétés ayant conservé dans leurs statuts cette exigence.<sup>7</sup>

La solution dégagée semble classique et il paraît étonnant que les rappels suivants aient été nécessaires à la cour d'appel : à l'issue du délai posé par le texte applicable lors de la nomination (en l'espèce, l'article L.225-25 dans sa version antérieure par lequel la qualité d'actionnaire était dans tous les cas exigée et où la régularisation devait intervenir dans un délai de 3 mois contre 6 désormais), l'administrateur défaillant est démissionnaire d'office, ce qui implique qu'aucune mesure ne soit exigée de la société, ni mise en demeure, ni autre formalité.

<sup>7</sup> Article L.225-25 du code de commerce (dans sa rédaction actuelle).

Les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent.

Si, au jour de sa nomination, un administrateur n'est pas propriétaire du nombre d'actions requis ou si, en cours de mandat, il cesse d'en être propriétaire, il est réputé démissionnaire d'office, s'il n'a pas régularisé sa situation dans le délai de six mois.

Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas aux actionnaires salariés nommés administrateurs en application de l'article L. 225-23.

Sur la question du délai de régularisation applicable, comme le relève la Cour de cassation, en se fondant sur l'article 2 du code civil<sup>8</sup>, en l'absence d'une volonté contraire expressément affirmée par le législateur, la loi qui a modifié le délai de régularisation, n'a pas eu d'effet sur une démission d'office acquise antérieurement à son entrée en vigueur. En effet, en décider autrement, aurait abouti à donner un effet rétroactif à la loi nouvelle puisque la situation juridique résultant du défaut de régularisation dans le temps requis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle<sup>9</sup>, (à savoir la démission d'office) était acquise en vertu de l'expiration du délai de régularisation alors en vigueur.

Enfin, la perte de la qualité d'administrateur du fait de la démission d'office emporte celle de président du conseil d'administration de chacune des sociétés en cause et ce à compter de la même date.

- **A défaut de fixation par les statuts d'une SAS des pouvoirs conférés au directeur général délégué, celui-ci n'est pas investi du pouvoir de représentation de la société. (Cass. com. 21 juin 2011 n°10-20.878)**

Cette décision intervient dans le contexte d'une liquidation judiciaire et d'une déclaration de créance, soit dans un domaine où les règles gouvernant les pouvoirs des mandataires reçoivent une interprétation propre à la matière. En effet, une société cessionnaire d'une créance née d'un prêt, avait déclaré sa créance (la société débitrice ayant été mise en redressement puis en liquidation judiciaire) et demandait la condamnation de diverses personnes physiques au paiement de cette créance en leur qualité de cautions solidaires des obligations de la société emprunteuse.

La cour d'appel avait retenu la créance de la société sur la base de la déclaration de créance effectuée par le directeur général délégué : pour ce faire, la cour avait notamment considéré que l'intéressé avait bien qualité pour déclarer la créance comme ayant été nommé par une délibération du conseil le chargeant plus particulièrement du recouvrement et du contentieux avec tous pouvoirs de procéder aux déclarations de créance. L'arrêt d'appel est infirmé sur ce point comme violant ensemble les articles L.227-6 et L.622-24 du code de commerce<sup>10</sup>. La Cour de cassation relève que selon l'article L.227-6

---

#### <sup>8</sup> Article 2 du code civil

La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.

<sup>9</sup> A noter, l'entrée en vigueur de la modification apportée à l'article L.225-25 du code de commerce ici en cause a été reportée au 1<sup>er</sup> janvier 2009 par une disposition expresse de la loi (article 57 de la loi dite LME).

#### <sup>10</sup> Article L.227-6 du code de commerce

La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article. Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers.

#### Article L.622-24 du code de commerce

A partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans des délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu. Le délai de déclaration court à l'égard de ceux-ci à compter de la notification de cet avertissement. La déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix. La déclaration des créances doit être faite alors même qu'elles ne sont pas établies par un titre. Celles dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées sur la base d'une évaluation. Les créances du Trésor public et des organismes de prévoyance et de sécurité sociale ainsi que les créances recouvrées par les organismes visés à l'article L. 351-21 du code du travail qui n'ont pas fait l'objet d'un titre exécutoire au moment de leur déclaration sont admises à titre provisionnel pour leur montant déclaré. En tout état de cause, les déclarations du Trésor et de la sécurité sociale sont toujours faites sous réserve des impôts et autres créances non établis à la date de la déclaration. Sous réserve des procédures judiciaires ou administratives en cours, leur établissement définitif doit, à peine de forclusion, être effectué dans le délai prévu à l'article L. 624-1. Les institutions mentionnées à l'article L. 143-11-4 du code du travail sont soumises aux dispositions du présent article pour les sommes qu'elles ont avancées et qui leur sont remboursées dans les conditions prévues pour les créances nées antérieurement au jugement ouvrant la procédure.

Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, autres que celles mentionnées au I de l'article L. 622-17 sont soumises aux dispositions du présent article. Les délais courent à compter de la date d'exigibilité de la créance. Toutefois, les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive déclarent l'intégralité des sommes qui leur sont dues dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.

Le délai de déclaration, par une partie civile, des créances nées d'une infraction pénale court dans les conditions prévues au premier alinéa ou à compter de la date de la décision définitive qui en fixe le montant, lorsque cette décision intervient après la publication du jugement d'ouverture.

Les créances alimentaires ne sont pas soumises aux dispositions du présent article.

précité, la SAS est représentée à l'égard des tiers par un président investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société, les statuts pouvant prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés par ce dernier ; qu'il résulte de ces dispositions que les conditions dans lesquelles un directeur général ou un directeur général délégué peut exercer les pouvoirs du président doivent être fixées par les statuts eux-mêmes. Or les statuts de la société en cause fixaient les conditions de nomination des intéressés mais non leurs pouvoirs. Et la Cour de cassation de critiquer les juges d'appel d'avoir retenu néanmoins que l'intéressé avait pouvoir, en qualité de directeur général délégué de déclarer la créance dès lors qu'il avait été nommé par une délibération du conseil avec tous pouvoirs pour déclarer et qu'il importait peu que les statuts n'évoquent pas les pouvoirs de représentation du directeur général délégué puisque l'article L.227-6 précité les reconnaît explicitement aux personnes dotées de ce titre.

Cette décision n'est pas sans rappeler une décision remontant à quelques années par laquelle il avait été considéré qu'une clause statutaire donnant le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers n'est opposable à ceux-ci qu'après publication par un dépôt régulier des statuts mis à jour au greffe du tribunal de commerce compétent <sup>11</sup>.

Certes, dans l'espèce ici en cause, la déclaration de créance faite par l'intéressé a été considérée comme valable mais ce n'est pas tant sur le fondement de l'existence ou non d'un pouvoir de représentation que sur les pouvoirs consentis par le conseil d'administration en matière de recouvrement de créance et de déclaration et ceux conformément aux dispositions des statuts de la société.

L'apport de l'arrêt serait donc plus dans le rappel auquel il procède, plutôt que dans la solution dégagée.

## 2.1.2 Révocation

**Deux décisions récentes ont trait aux conditions entourant la révocation de dirigeants.**

- **La première espèce aborde les questions des circonstances entourant la révocation d'un directeur général de société anonyme : absence de débat contradictoire et caractère abusif de la révocation. (Cass. com. 29 mars 2011, n°10-17.667)**

Pour la Cour de cassation, dans la mesure où il n'est pas démontré que l'intéressé ait été avisé au préalable des motifs pouvant justifier la révocation, et qu'il n'est pas plus allégué que l'intéressé ait été invité à participer à la réunion durant laquelle cette mesure de révocation allait être débattue, les juges du fond ont pu justement déduire qu'il n'y avait pas eu débat contradictoire.

Les circonstances de la révocation permettent également d'établir un manque certain de loyauté et de considération pour la réputation de l'intéressé. L'octroi à ce dernier d'une indemnité en réparation de son préjudice moral se trouve de ce fait pleinement justifié et l'arrêt d'appel portant condamnation de la société de ce chef devra être confirmé.

On relève que cet arrêt fait peser sur la société la preuve de la communication au préalable des griefs tout comme celle de sa convocation à la réunion de l'organe prononçant la révocation.

A charge donc par celle-ci d'en conserver les éléments matériels pour lui permettre de produire cette preuve, le cas échéant.

<sup>11</sup> Cour d'appel de Paris 21 mars 2007 n°06-17919 et sur pourvoi Cass. com. 3 juin 2008, n°07-14.457.

- **La seconde espèce fait intervenir un gérant non associé de SARL dont la révocation a été prononcée par une assemblée convoquée le matin même pour l'après-midi avec pour ordre du jour la révocation de l'intéressé de ses fonctions, la société étant par ailleurs représentée par deux autres co-gérants. (Cour d'appel d' Amiens 8 mars 2011, n°09-1543)**

A l'inverse de la décision précédente, la révocation n'est pas considérée comme abusive et les différentes demandes en paiement d'indemnités réclamées par l'intéressé au titre des conventions le liant à la société (essentiellement l'indemnité contractuelle de révocation que les juges de première instance lui avaient accordée) sont rejetées.

Pour la cour d'appel d'Amiens, la révocation prononcée est justifiée comme se fondant sur un comportement de l'intéressé ayant conduit à mettre gravement en péril les intérêts de la société et une perte de confiance des associés : en effet, en dépit de sa qualité de professionnel de l'éolienne reconnu de tous, l'intéressé n'a pas, lors du changement réglementaire intervenu courant 2005 dans le domaine de l'énergie, su prendre les mesures nécessaires pour conserver la valeur du parc éolien de la société et a ce faisant, empêché la réalisation d'un projet de cession de la société. La révocation n'aurait été prononcée dans des conditions ni brutales, ni vexatoires, dès lors que l'urgence rendait nécessaire la tenue d'une assemblée immédiate. L'assemblée s'est tenue alors que la totalité des associés était représentée et la révocation a été prononcée après lecture d'un ordre du jour et du rapport spécial de la gérance, l'intéressé ayant été invité à se justifier.

Pour la Cour, le délai de 15 jours de convocation de l'assemblée ne serait légalement prévu que dans l'intérêt des associés et le fait que l'intéressé n'ait pas bénéficié d'un délai plus long pour assurer sa défense serait également de peu d'importance dès lors que l'intéressé a bénéficié d'un délai suffisant pour asseoir cette défense et qu'il a eu connaissance des faits qui lui sont reprochés.

Hormis le fait qu'il est difficile d'apprécier le temps qui peut apparaître suffisant pour "asseoir" une défense tant il peut varier d'un dossier à l'autre, il faut néanmoins relever que cette décision n'est pas si éloignée de l'application de la règle dite des incidents de séances. En application de cette règle dégagée par la jurisprudence, la révocation peut être prononcée par une assemblée même lorsqu'elle n'est pas inscrite à l'ordre du jour pour autant que selon certaines décisions, la révocation résulte implicitement des questions inscrites à l'ordre du jour et une situation d'urgence rend nécessaire une prise de décision aussi hâtive.

A noter, également, la pétition de principe contenue dans l'arrêt sur la nullité de l'indemnité contractuelle de révocation : *de la volonté expresse du législateur, toute clause qui entrave ou crée un entrave à la révocabilité du gérant est nulle. Il a été jugé et il est constamment jugé qu'est nulle et de nul effet une clause statutaire ou conventionnelle qui, comme en l'espèce, reconnaît au gérant un droit à indemnité de révocation, même lorsque cette révocation est justifiée par de justes motifs, qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer la révocation.* Comme le relève un auteur dans une chronique récente <sup>12</sup>, outre le caractère dépassé de la référence textuelle citée dans l'arrêt (est en effet cité l'article 55 de la loi du 24 juillet 1966), la Cour de cassation ne s'est prononcée qu'une seule fois et dans des termes très mesurés sur cette question. Il semblerait plutôt que la cour d'appel d'Amiens ait appliqué au gérant de SARL la position retenue en matière de paiement d'indemnités de départ aux mandataires sociaux de sociétés anonymes, qui sur le fondement de l'article L.225-47 du code de commerce, sont vues d'un mauvais œil lorsque du fait de leur montant, elles privent l'organe délibérant sur la révocation (en l'occurrence le conseil) de son libre arbitre quant à la décision de révocation.

A divers égards et compte tenu du contexte particulier de cette affaire, il n'est pas exclu qu'un pourvoi en cassation soit introduit à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel d'Amiens ici en cause par lequel le jugement entrepris a été réformé dans l'ensemble de ses dispositions.

<sup>12</sup> Professeur Dorothée Gallois-Cochet dans la revue la Semaine juridique Entreprise et Affaires, n°23; 9 juin 2011, p.19 et suivantes.