L’intuition du thème, l’idée du sujet qui renfermerait des idées

L’intuition de l’idée dans le thème, de la vérité scientifique

La société sans personnalité morale (spécialement la SEP)

Les apports en numéraire

Les parts sociales de SARL

Les actions de SA

Eléments sur le capital social et ses modifications

Les pouvoirs du dirigeant social

La SA qui entre ou est "en bourse"

Le prospectus et la transparence

L'AG annuelle (par exemple de la SARL)

Présentation de la famille des droits sociaux

L'unité des droits sociaux

**DROIT APPROFONDI DES SOCIETES**

**Le statut des titres**

**Les droits sociaux**

b[I – La variété des droits sociaux]b

b[II – L’unité des droits sociaux]b

**Les instruments financiers**

b[I – La variété des instruments financiers]b

 Les IF pouvant être des DS

Certains titres financiers sont des DS

 Les actions

 Les autres diverses actions (ADPDV, composées, actions de SICAV)

Certains titres financiers ne sont pas des DS

 Les titres de dette (obligations, TCN, bons du trésor, parts de fonds)

 Les TS (TSDI / TSR)

Les IF ne pouvant pas être des DS

Les contrats financiers - Les instruments équivalents étrangers - Les droits indéfinis

b[II – L’unité des instruments financiers]b

 La fracture entre les titres financiers et les contrats financiers

 L’unité oubliée des instruments financiers

**Le statut des droits sociaux émis par les sociétés**

**Le statut des titres et droits sociaux émis par les sociétés**

(intitulé commode)

L’intérêt du statut des titres et des droits sociaux

 De façon concrète, angle de vue par les personnes ;

Pour l’émetteur

 Pour le porteur / souscripteur

 Pour les établissements tenant les/des comptes d’IF

 Pour les régulateurs (ACPR/valeur ; AMF : transactions)

 Pour le fisc (au plan national, international… secret) ;

 Pour le juge (statut européen des titres relayé par le CMF)

 … pour le notaire, pour la start-up faisant des blockchains, pour l’huissier qui va saisir, pour le gouvernement qui veut bloquer des comptes de djihadistes, pour les banques qui conseillent en GP (banque et PSI, et CIF), ou banques qui conseillent en ingénierie financière (*private equity*, financements et ingénierie des titres et en haut et bas de bilan, fusions-acquisitions…).

De façon approfondie, identité et définition.

Les droits sociaux (DS) ont **une identité forte** qui contribue à l’identité du droit privé, et spécialement du droit des affaires. On le note car les droits sociaux dont le Code civil et le Code de commerce traitent n’ont rien à voir avec ceux que revendiquent un salarié ou un assuré social (les droits sociaux que l’actualité met souvent dans le débat public et politique).

 En droit, en droit civil, en droit commercial, les DS ne sont pas une vague notion sociale ou politique, ils sont une réalité juridique précise et même, et on nous fera grâce de nous en expliquer, une technique juridique :

- En effet, les DS sont les titres, parts ou valeurs mobilières que l’associé obtient, en général, en contrepartie d’un apport fait à une société qui se constitue ou qui est déjà constituée ;

- Les DS sont donc par extension, mais aussi primairement, les droits qu’un associé tient de la collectivité des associés qui ont signé le contrat de société ; ces droits sont des droit dans cette collectivité voire contre cette même collectivité.

Par extension, tout droit dans ou contre la société peut être dit « droit social » (les créances contre une société sont ainsi dites "créances sociales" pour les distinguer des éventuelles créances - personnelles - d'un associé ou contre un associé).

Le pluriel pour plusieurs utilités ou fonctions

 L’expression **« droit social », au singulier** n’est d’usage, ni dans la loi, ni en jurisprudence, ni en pratique, ni en doctrine (pas plus que le statut pour désigner les statuts de la société !!!). Ces DS sont en effet au pluriel car leur existence et leur intérêt tiennent à leur pluralité : c’est un ensemble de droits sociaux qui existent pour **représenter** (dit-on) le capital social. Cette quote-part établit – conventionnellement – un étalon de mesure ;

il servira

à mesurer :

* l’investissement fait, les apports risqués ;
* la valeur de vos apports, valeur vénale via le bilan : actif net $÷ $nombre de titres
* parfois la contribution aux pertes au-delà de l’apport (SNC)
* ou compter les droits de vote ;
* la quote-part de l’associé (des associés) qui demande certains droits : expertise de gestion, convocation ;

à certifier

* le droit de devenir administrateur (d’actualité ?) ;
* enfin, est-ce la peine de le dire, le droit / la qualité d’associé permettant de poser une question et tous autres droits liés à cette qualité ;

Au passage exclusions de certains titres (application de la définition)

Au cœur du sujet, purgeons une première difficulté.

Tous les titres ne sont pas des droits sociaux (en sont exclus, notamment, les **titres obligataires** d’emprunt) ; pareillement, tous droits dans une collectivité (droits dans une indivision), ne sont pas des droits sociaux bien qu’ils soient parfois des titres financiers (parts de fonds d'investissement, d'organisme de placements collectifs) ; la solution pourrait se discuter car, dans les faits, certains des investisseurs porteurs de parts pourraient se voir comme des… associés !

Cas et TECHNIQUES d’acquisition voire de création

 Les droits sociaux s’obtiennent de façon particulière et limitée.

Les DS sont seulement ceux qu’un associé obtient, dans des occasions précises :

- A la constitution du capital social et donc de la société ; ce qui se fait en pratique au moins de deux manières (contrat de société, bulletin bordereau de souscription et aussi ordre d’achat en bourse) ;

- Lors de la souscription rendue possible par une augmentation de capital social ;

- Lors de la reconstitution du capital social qui est une augmentation de capital… ;

- Lors de l’acquisition (cession) de DS qui existent déjà ;

- Lors de l’exercice d’options dites stock-options ;

- Lors de l’exercice d’options comprises (attachées) à un autre titre (OBSA/ABSA) ;

- Lors d’attributions gratuites, notamment aux salariés ;

- Et de façon plus sophistiquée aux cours d’échanges (en bourse, avec une OPE, ou bien encore au cours d’une fusion de deux sociétés).

 Ces 7 cas doivent être complétés, pour les réserver (on en parlera plus tard… ?), par la donation et la succession par lesquelles on obtient des DS.

Des MOTS à la place d’autres : signer ou souscrire le contrat de société ?

Sauf la cession, on parle alors souvent de **souscription** de droit sociaux, ce qui déjà les identifie, alors que, pourtant, dans le premier cas, la signature des statuts vaut par nature et essence acquisition de DS ; ces derniers ne font qu’incarner (représenter), à titre individuel, pour l’associé, le contrat de société (les statuts de la société, dits statuts sociaux). On le dit peu : le droit positif gagne avec les simplifications.

Personne ne veut en effet que l’on confonde **le contrat de société** avec les DS, même si, pour un associé, presque tous ses droits semblent inclus dans ces DS, parts sociales ou actions). La doctrine doit aussi avoir ses côtés raisonnables ; mais le contrat de société est une chose et les DS en sont une autre : à quoi l’expression servirait-elle sinon ? Cette interrogation logomachique n’abusera personne, passons…

Ainsi, au bénéfice de ce qui sera pour certains une simplification, pour d’autres une clarification, on peut au moins en tirer que c’est peut-être une difficulté intellectuelle qui a condamné le législateur au silence (sur quel est le rapport entre un titre et la société, c’est la société qui émet les titres ou se sont les titres qui constituent la société ?).

Grandes notions sans définitions…

Les DS ne sont pas définis par la loi.

Les VM ont (finalement) été définies (art. L 228-1, C. com., non sans mal, en 1989), les titres financiers sont presque définis (v. l’énumération de l’art. L 211-1, II, CMF, et art. L 211-2). Ils sont seulement cités, d’assez nombreuses fois (C. civ., art. 820, 821, 831, 1075-2, 1424, 1843-4 sur leur évaluation… etc.), et il en est évidemment de même dans le Code de commerce. Le droit commun défaille, le droit commercial étant hors-jeu car il ne régit pas les sociétés civiles qui connaissent divers droits sociaux ; une introduction aux droits sociaux tombe à pic pour les définir et combler la paresse du législateur.

Mais cette difficulté à saisir ces DS, ce qu’est la société,

ce qu’est en vérité la forme la plus moderne d’entreprise et d’association humaine (!),

voir pour exemple la banque et ses multiples structures (comité des rémunérations, comité comptable)

a suscité une autre analyse, à notre sens foncièrement civiliste :

**les DS sont des choses (incorporelles), les DS sont des biens, objet de propriété.**

Voilà presque fait le tour de la question !? Il n’y a plus de question à se poser.

Ce serait vrai si le Code civil était le siège des innovations de la vie économique.

Y voir clair, impose une analyse plus réaliste qui considère toujours le droit mais aussi le monde économique ; cela n’empêche pas l’exercice de base… définir (ou notion).

Essai de formalisation d’une définition (*en début ou en fin ? quel est le travail à faire ?*)

d’oser **une définition** qui a pour idée, générale et finale, que les DS sont **des droits d’associés**.

Les **DS ce sont les droits** qui sont reconnus pour chaque souscription (acquisition) d’une action ou d’une part sociale lesquelles, par nature, représentent une portion du capital social (apporté et donc à rembourser), et tous les droits utiles à l’associé et lui conférant la qualité d’associé.

 Voir le **Vocabulaire Juridique**… Toujours !

Le discours qui suit cisèlera cette définition en tenant compte de la jurisprudence.

Le juge, en fanfare.

La JP utilise l’expression « DS », et pour cause. C’est finalement elle qui en donne la logique quand, encore récemment.

Elle lie fermement la qualité d’associé à la propriété des DS, seul leur remboursement lui faisant perdre cette qualité (Com. 5 mai 2015, n° 14-10913) (un droit de propriété remboursé ?). Et, or, la propriété dure et perdure, laissant à l’associé la main sur les titres, mais la titularité aurait permis le même résultat…

C’est elle qui teste la résistance constitutionnelle d’un article L 631-19-1 par renvoi aux Sages de la question (QPC) de leur cession durant une procédure collective (Com. 7 juil. 2015, n° 14-29360).

La JP connaît et reconnaît les DS, au point de les améliorer, et la doctrine, après la loi et le juge, ne conteste pas leur réalité portée par les multiples formes sociales, et il faut citer les principales : Société civile, SCP, SNC, SCS, SARL, SELARL, SA, SCA, SAS, société coopérative….

Après avoir posé une définition, presque d’autorité (mais tout poussait à s’y essayer), il reste à la vérifier, détailler, expliciter… On le fera en partant de la réalité des DS faite d’une certaine unité alors qu’il existe divers droits sociaux. On peut donc les analyser en faisant miroiter la variété des DS (I) et l’unité des DS (II).

**b[I – La variété des droits sociaux]b**

(et non les variétés = ce qui exigerait une liste exhaustive des DS)

 Il y a dans cette variété une certaine unité, c’est du reste pour cela qu’elle s’observe assez bien. Pour dire les choses simplement, il existe deux catégories majeures de droits sociaux : les parts sociales et les actions. On évoquera tour à tour les parts sociales de sociétés de personnes et les actions de sociétés de capitaux, les expressions tournent au pléonasme, lequel est assumé pour des raisons de clarté du discours (pédagogie).

Il y a de quoi satisfaire la dichotomie (une perfection en science juridique). Les sciences exactes apprennent pourtant que ce sont les imperfections qui, par la surprise qu’elles créent à l’esprit, permettent de faire progresser la connaissance. Sans prétendre réaliser ici une telle chose (on ne fait que réciter du droit positif),

A côté des parts sociales (A) et des actions (B), il existe des droits sociaux atypiques ou exceptionnels (C).

**A – Les parts sociales de sociétés de personnes (pléonasme ?)**

**B – Les actions de sociétés de capitaux**

**C – Les droits sociaux atypiques ou exceptionnels**

b[ **A – Les parts sociales de sociétés de personnes]b**

Tout le monde les connaît, notamment avec les formes sociales célèbres de la SCI et de la SARL. Pour les sociétés de personnes, y compris pour la SARL, qui revêt aussi un aspect capitaliste (règles strictes sur le capital social), la loi dit que le capital social est divisé en parts sociales.

La SNC est à peine moins connue, elle est un enfer de risques.

Le capital social est divisé en parts égales (1845-1).

On y parle donc et on pratique les parts sociales, encore que leur régime soit différent.

Avec les parts sociales, l’apporteur, l’associé, risque son apport (dit de façon redondante « personnel ») et parfois même sa chemise. Dans la société civile ou dans la SNC l’associé a une responsabilité illimitée : il risque son apport et il risque d’avoir à payer les dettes de la société, les dettes sociales.

Pour la société de droit commun (civile) le risque est tout de même limité parce que la dette est conjointe (chaque associé en ayant sa part), mais elle est solidaire dans la SNC (… un enfer social…).

Les parts sociales laissent ici à l’associé ses traits, sa personnalité : sa personne compte (son patrimoine…).

La part sociale ne dépersonnalise pas la société, elle est une société de personne(s). A preuve, l’entrée de nouveaux associés est contrôlée au moyen d’un **agrément** qui, pouvant être aménagé, existe néanmoins toujours de principe.

On pourrait au passage se demander pourquoi puisque l’économie doit être libérée… c’est parce que à définir des formes sociales il faut les caractériser et s’y tenir pour être cohérent. Les formes sociales sont des cadres logiques, comme tout contrat spécial (et nommé). L’agrément marque la différence de principe d’avec les sociétés par actions.

Que veut dire en technique cet agrément ?

Les parts ne sont pas négociables, transmissibles *solo consensu*, il y a des conditions de forme (agrément + formalités)

Les parts sociales sont cessibles, cessions qui sont autant une technique d’entrée que de sortie (acheter une part / vendre toutes ses parts). Mais la cession n’est pas libre :

* puisque en la forme, exigence d’un écrit (1865)[[1]](#footnote-1).
* Puisque, au fond, par nature, un agrément de l’opération et du cessionnaire (1861)[[2]](#footnote-2) envisagé devra être donné – peu importe ici l’organe le donnant. Voilà qui est un bon point pour distinguer cette première catégorie de DS de ceux négociables. [*transition*…]

**b[B – Les actions de sociétés de capitaux]b**

 L’importance de actions se relève car elles définissent quasiment les sociétés de capitaux, notamment la SA, laquelle est « la société dont le capital social est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu’à concurrence de leur apport » (art. L 225-1, C. com.).

La loi les détaille ensuite avec les actions de numéraire, d’apport et en ne reconnaissant pas les actions en industrie (art. L 225-3 et s.) ; plus loin d’autres distinctions sont faites, de nature différentes (actions de jouissance après remboursement de tout ou partie de l’apport ; actions de préférences dont la variété est destinée à séduire davantage d’apporteurs). La législation devient alors plus complexe que pour les parts sociales, la loi permet, outre les augmentations du capital, sa réduction (art. L 225-127) ou son amortissement.

 Il reste que la vérité tient au fait que **les actions sont négociables** et non pas seulement cessibles ; n’émettent des titres négociables que les sociétés autorisées dispose un texte, discret mais majeur (C. civ., art. 1841).

**La négociabilité** se construit et se traduit par diverses caractéristiques.

Historiquement la négociabilité est faite par la main des parties à un billet : il est stipulé au porteur ou à ordre. Mais un consensus est contre cette dimension qui ferait de la négociabilité une clause générale, la clause négociable.

Alors, à peine plus positivement (nettement), la négociabilité est vue ou se manifeste ainsi :

- Les cessions se font de principe sans avertir la société émettrice, opérations que l’on peut appeler négociations, le mot est de rigueur « en bourse » ;

- Cela signifie qu’aucun agrément n’est exigé, même si l’existence de clauses d’agrément change les choses en pratique ; en instituant un agrément, que doivent stipuler les statuts, le cédant se réfère à la société (un de ses organes) ;

- Mais cela ne sera pas possible s’agissant d’actions que l’on envisage de coter en bourse, admission à un marché qui postule la célérité des négociations ; l’appellation « négociation » est dans ce cas usuelle ;

- Les actions tendent à incorporer parfaitement les droits qu’elles représentent en raison d’une forme qui peut encore être au porteur (naguère, la forme papier le démontrait mieux ; l’inscription d’une action dans un PEA le montre encore) ;

- Les titres ont (en effet) une forme informatique ; cette dématérialisation (*back office*) est devenue une spécialité professionnelle : elle a établi, avant l’internet, des autoroutes de l’information, de la conservation et de la circulation des titres.

- Les actions bénéficient de l’inopposabilité des exceptions affirmées plus généralement, il y a peu, pour les titres financiers (CMF, art. L 211-16) ;

- Ces qualités font qu’on peut donner ces titres sans acte notarié ni même écrit, non de la main à la main (comme nos grands-parents ou avant 1983) ; la négociation se fait sans acte mais par virement de compte à compte (CMF, art. L 211-17) (les actions sont sous forme dématérialisées : CMF, art. L 211-3) ;

**b[C – Les droits sociaux atypiques ou exceptionnels]b**

Ils apprennent à tous que la moindre vérité juridique est contredite par tel ou tel cas. Le Droit est un vaste ensemble, seule la précaution (faire de multiples vérifications de l’état du droit) permet de dire quelque chose avec un peu de certitude.

Les dispositions légales exceptionnelles ont toujours été nombreuses en matière de titres (les parts de fondateurs initiées au 19e siècle). L’effervescence de la doctrine des années 90 / 2000 est à peine justifiée (car les créations d’il y a cent ans furent notables).

On trouve des parts ou actions qui n’ont pas toutes les caractéristiques attendues de ces titres ou qui en ont d’autres.

Par souci de synthèse, on prend juste deux exemples de DS en citant seulement une caractéristique atypique.

Les actions de SICAV : elles se négocient auprès de la société elle-même selon un mécanisme de droit au rachat au profit du souscripteur.

Les parts sociales de coopératives : elles donnent droit à un intérêt fixe (sous la forme d’intérêts légalement plafonnés, ce qui a été confirmé et aménagé en 2016, voir document)[[3]](#footnote-3) ; au lieu d’un dividende aléatoire y compris quand la société est une SA ! Les actions de sociétés coopératives ayant forme de SA (SA coopérative, L. 1947) sont qualifiées par la loi de « parts sociales » et ne permettent pas des dividendes libres, mais une rémunération.

Les OPC sont une mine pour les dérogations : les parts de SCPI qui subsistent, forme révolue avec les OPCI, sont des valeurs mobilières ; la flexibilité financière voulue écrase toute la logique du « Droit des sociétés ». Ces OPC comportent 20 types de sociétés…

**b[II – L’unité des droits sociaux]b**

L’unité passe par la forme et le fond qui sont, en droit, et ne sont pas, ailleurs, des séparations radicales. Il reste commode de raisonner ainsi.

Dans la pratique, fond et forme se renvoient, à chaque étape d’un processus juridique subtil (écriture d’un acte juridique, conception d’une nouvelle convention…), des exigences enchevêtrées.

Ainsi, la dichotomie qui donne tant de simplicité (fond / forme) peut se gripper par un simple grain de sable de… simplisme.

On parle sur cette grande difficulté de méthode qui en vérité est un difficulté philosophique.

En conséquence, après avoir examiné l’unité de forme (A) et l’unité de fond (B), on le voit avec des opérations sur DS qui suggèrent, elles, une unité de fonctionnement (C).

**A – Unité de forme**

**B – Unité de fond**

**C – Unité de fonctionnement**

**b[A – Unité de forme]b**

Cette unité, réelle, est tout de même relative.

Tous les droits sociaux existent aujourd’hui sans la matérialisation de la forme d’un papier individuel (le fameux titre au porteur).

Les parts sociales, parts de registres, ne l’ont jamais connue cette forme. Elles n’ont jamais été représentées par un titre au porteur, un papier négociable.

Pourtant l’unité de forme se devine ; elle naît avant la représentation des droits sociaux souscrits par le futur associé. La raison en est simple, et forte, quoique généralement tue, voire ignorée. En effet, les DS sont, fondamentalement, des droits incorporels apparaissant d’abord dans les statuts.

 Ils apparaissent sous des régimes divers :

- Simple bordereau de souscription de ces droits sociaux ;

- Article des statuts, clause des statuts (nombre de titres émis, éventuelle répartition entre associés) ;

- Mais les statuts traitent de leur forme ; car il faut donner une forme à ces droits incorporels ; cette forme sera envisagée, comme en général leurs modalités de cession, négociation, transfert, virement… les mots pourraient être encore nombreux qui tous évoquent – unité ! – la circulation (mot non-juridique) de ces DS.

Les DS ont tous un problème de forme, mais la forme peut varier :

- Registre des parts (un cahier que tient le gérant)

- Des comptes de titres, que tient la société ;

- Des comptes de titres informatiques, la dématérialisation pouvant être simple ou informatique pour connecter ces comptes aux systèmes de règlement-livraison (un univers juridique et professionnel) qui permettent de faire fonctionner la bourse jusqu’à vos comptes de titres (vos investissements, dont « votre » PEA).

Dans les premiers cas, les transferts se font par notification à la société qui modifie ses statuts ou registres (les parts étant souvent numérotées). Dans le cas de la dématérialisation, seuls sont modifiés les comptes de titres, non sur notification, mais sur ordre de virement (en théorie c’est différent et ça l’est en partie en pratique, mais au fond, il faut informer la société ou… le teneur de compte).

**L’unité de forme tient aux statuts et à l’écriture qui rattache un titre à une personne… écriture (registre ou compte) qui sera modifiée.**

**b[B - Unité de fond]b**

Les DS existent en tant que tel, voilà l’unité. L’unité est consubstantielle à l’existence de la notion ! Soyons plus clair et simple : si les DS existent à travers tous le droit des sociétés, c’est-à-dire à travers toutes les sociétés, c’est qu’ils ont bien quelque chose en commun !

On ne va pas répéter le substrat de cette notion en en reprenant la définition. Il y aurait ce travail à faire si on voulait faire de l’ingénierie sociétaire innovante : l’objectif serait de voir quels droits sociaux on peut créer, sans lieu commun) porter atteinte à l’ordre public (en matière de sociétés ? Ou de contrats ?).

Une notion aussi utile, aussi pratiquée sous diverses formes, depuis près d’un siècle, aussi contentieuse à raison des intérêts qui y sont attachés, ne peut pas être creuse. Si tel était le cas, le contentieux aurait éclaté sur deux ou trois points qui auraient révélé que la notion était inutilisable, trop incertaine ou trop difficile à maîtriser, et la notion aurait été rangée au Musée des notions juridiques.

Tel n’a pas été le cas.

On va approfondir cette unité en voyant leur nature et leurs vertus.

 **b[Leur nature]b**

 Les DS sont des créances (HLN)… mais en vérité des créances spéciales que, spécialement, on ne saurait les assimiler à une créance de sommes d’argent (en ce sens, et l’on approuve : B. Petit, Droit des sociétés, 2015) ; mais créances désigne presque tout droits, et un DS peut donc comporter un droit d’aller en AG, d’y voter, un droit de s’informer sur la société, un droit de poser des questions…

 Des créances contre (obtenir un document) une personne et dans (voter) une personne ! Parfois une créance d’argent (amortissement, dividendes, boni de liquidation… ces techniques diffèrent toutefois nettement).

En théorie, selon nous, la thèse est personnelle et encore audacieuse, les créances que désignent les droits sociaux peuvent même constituer d’autres analyses reposant sur le constat que l’associé est partie à un contrat de société qui est multilatéral/collectif – on passe…

 En tout état de cause, pour les créances incluses dans les DS et qui ont une vocation monétaire, elles ne sont pas exigibles ; l’associé ne peut pas réclamer le remboursement de son apport, ou le droit qu’il a sur les réserves, ou le droit à des dividendes. Tout cela dépend de la seule volonté des décisions des organes sociaux et de la situation comptable ou juridique (un boni de liquidation suppose d’avoir voté ou subi une décision de liquidation).

A la différence de l’obligataire (du porteur d'une obligation), l’associé ne peut **pas assigner en justice** la société pour se voir rembourser ses titres d’associés (mais il y a l’exceptionnel droit de retrait utile dans les sociétés civiles).

L’associé doit assumer son engagement très fort, il est « prisonnier de son titre », associé il est et il a vocation à rester ; en pratique c’est faux : la cessibilité ou la négociabilité permettent de « sortir de la société ». Mais il lui faut trouver un acquéreur (vive la bourse, le marché réglementé…) ; sur la foule on trouve toujours (…) un acheteur, un cessionnaire, un négociataire (on ne le dit pas).

Il existe toutefois un droit de retrait direct de l’associé de société civile pour juste motif (art. 1869), et la JP l’entend largement, ce qui est de nature à fragiliser la société civile puisque l’on peut en sortir (droit de retrait distinct de celui lié à un refus d’agrément d’un projet de cession).

 **b[Leurs vertus]b**

 Ils confèrent la qualité d’associé et porte donc, au fond, un risque. Associé veut dire risque.

 b[La qualité d’associé]b

 ***Une qualité incorporelle de la chose.***

Toute détention confère la qualité d’associé. Un sésame ! Ainsi, toute signature de statuts qui indiquent ces droits et leur répartition confère la qualité d’associé, du moins une fois l’apport exécuté.

Les DS sont la contrepartie de l’apport, on paye, on exécute, et on obtient une action, une part.

On dit aussi qu’on est membre de la société, c’est un peu administratif : ça fait important, institutionnel. L’associé, il est vrai, s’adresse à la société tantôt comme à un tiers, tantôt comme à l’institution à laquelle il appartient. S’il vend tous ses droits sociaux, quelle que soit la forme sociale, il n’est plus associé : voilà de l’unité (un véritable droit commun des DS). A l’entrée ou à la sortie de toute société !

 ***Non une qualité réelle du droit – droit réel, propriété.***

Pour la presse, associé veut dire propriétaire (v. Droit bancaire et financier, n° XX) ; cela peut parfois être vrai économiquement : cela est faux juridiquement.

On peut ici reprendre la discussion sur l’associé propriétaire de la société (même avec une EURL, l’associé devra respecter la société : décision sociale en son nom, ès-qualité de gérant !). Même dans ce cas il n’est pas propriétaire à pouvoir disposer des biens de la société : il intervient ès-qualité.

 Ce débat peut amener à expliquer le contrôle (on ne dit pas propriété), contrôle que le droit français présume quand vous avez 40 % des droits de votes des titres… (c’est discutable, d’ailleurs si un autre associé à 55 %, ce sera lui le « contrôlaire » !).

 Une participation très majoritaire donne à l’associé l’allure d’un propriétaire, mais c’est une illusion que le droit rectifie.

 Raison juridique : la personnalité juridique de la société. On n’est pas et on ne peut pas être **propriétaire d’une PM**. L’associé est juste « propriétaire » (titulaire) des DS. Il n’a pas la maîtrise des biens de la société, qui sont ses biens « à elle ! »

 Si l’associé n’est pas un propriétaire il encourt un risque proche de celui qui investit dans un bien en devenant propriétaire. Le risque que ces DS ne valent plus rien, voire disparaissent avec une liquidation…

 **b[Le risque]b**

 Voilà un risque de l’économie réelle pourrait-on dire pour faire plaisir au monde des entrepreneurs ; les pertes annuelles affectent la valeur des droits sociaux ; elles sont limitées au capital (par ex. art. L. 223-1, C. com. SARL) ; les bénéfices augmentent la valeur des DS sans affecter leur forme ou leur unité.

 Le risque c’est le risque d’associé, le risque d’exploitation, le risque de perte ; c’est le risque de voir des pertes annuelles se cumuler ; c'est donc le risque de voir, finalement, les DS perdre jusqu’à toute valeur, il faudra alors constater qu’ils ne valent plus rien, et parfois refaire le capital : on connaît la musique, c’est le coup d’accordéon (mise à zéro puis augmentation de capital : les associés qui veulent rester doivent souscrire de nouveau).

 Quand le risque est surmonté, les bénéfices se succèdent, des réserves se font. Les DS, tous, quelles que soient les sociétés émettrices, s’apprécient. Leur valeur augmente car tout va mieux (trésorerie, fonds propres, CA, portefeuille de clients, contrats signés/choses vendues, expertise des personnels, des dirigeants…) ; mais toutes ces valeurs finissent dans la valeur des parts sociales ou des actions.

 La société pourra émettre plus facilement des DS…

 En cours de route, ou même après une cause de dissolution, on peut être remboursé de son capital social. Le droit au partage que confère tout DS termine la société et le contrat de société.

Mais on peut même avoir, mais c’est exceptionnel, un droit au remboursement de ses PS :

* SNC : art. L. 221-1 ;
* on passe sur le cas de l’action de SICAV, instrument de placement spécial que la société ICAV doit racheter).

On l’a dit, ce droit de l’associé au rachat de ses parts est parfait, soit c’est une stricte obligation pour les autres, quand la société lui refuse l’agrément d’un cessionnaire potentiel, d’un nouvel associé (1843-4…).

Ce droit de l’associé au rachat de ses parts sociales évoque une problématique générale, celle des opérations sur DS, soit une unité de fonctionnement.

On a évoqué une JP du 5 mai 2015 et qui rappelle que « perdre » ses DS c’est ne plus être associé… si on les rembourse à l’associé !

Ce jeu évoque aussi, plus largement, toutes les opérations sur DS. Elles s’inspirent souvent du droit de propriété. En tout cas, elle donne l’occasion de souligner une certaine unité de fonctionnement des DS.

**b[C - Unité de fonctionnement]b**

Les droits sociaux font l’objet d’opérations identiques au tréfonds, mais dont le régime varie. Elles s’inspirent, du moins en général, du droit de propriété dont les DS sont l’objet, et dont le titulaire peut être une indivision.

Simplement, prenons un exemple : le nantissement de PS ne se fait pas comme le nantissement d’actions, le régime change, mais c’est – dans le tréfonds – la même opération de garantie consistant en l’affectation d’une valeur qu’est la participation à une société.

L’unité de fonctionnement, que l’on soit avec des PS ou des actions joue pour :

- Le gage ou nantissement (art. 1869)

- La donation

- La transmission à cause de mort (succession) (art. 1870)

- Et désormais pour la location et le crédit-bail (L. 2005, C. com.) (PS de SARL et actions).

L’unité de fonctionnement impose encore d’invoquer la reine des opérations : la cession ! Sans doute trouve-t-on des différences, selon les cessions, tenant à la forme différente des actions (parfois négociées en bourse) et des PS… mais le régime issu de la pratique et de la JP donne un régime commun.

On en prendra deux exemples :

- Les garanties, et notamment en complément des garanties légales de la vente applicables à tous les DS, les clauses de garantie d’actif ou de passif (données que le bilan donne), œuvres de la pratique mais qui sont devenus de véritables « canons juridiques » (le dol évoqué ci-dessous peut encore être invoqué par le cédant même en présence d’une telle clause : Com. 3 fév. 2015, n° 13-12483 – cas illustrant les deux exemples annoncés) ;

- Et de façon plus parlante, le régime des vices du consentement quand l’acheteur est déçu (erreur, dol) d’une acquisition de DS ne lui permettant pas d’exploiter une entreprise qui, peu de temps après la cession, doit être mise en liquidation : la nullité est envisageable alors que les parts ou actions ont bien été livrées (Com. 18 fév. 1997, Bull. IV, n° 55).

Avec ces dernières opérations, on quitte déjà le seul ressort de l’analyse des DS, voire même du droit des sociétés, sinon des sociétés : on parle de cession d’entreprise… une opération juridique qui est, à strictement parler, ignorée par la loi. Mais la pratique juridique l'a saisie en considérant des blocs majoritaire de titres, encore des DS...

-----------------

Texte d'une conférence donnée en novembre 2015.

DOCUMENTATION

DOC 1

Cour de cassation chambre civile 1

Audience publique du mercredi 1 mars 2017

N° de pourvoi: 15-20817

L'associé qui se retire d’un GFA a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée à défaut d'accord amiable, conformément à l'article 1843-4

Si l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à l'Etat de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime, c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte. Un tel principe justifie que l'associé d'un groupement foncier agricole puisse solliciter judiciairement son retrait, nonobstant les dispositions de l'article L. 322-23 du code rural et de la pêche maritime, à charge pour le juge saisi d'opérer un contrôle de proportionnalité entre l'objectif poursuivi par la limitation légale du droit de retrait et le respect du droit de propriété de l'associé retrayant.

A rapprocher : 1re Civ., 3 juin 2010, pourvoi n° 09-65.995, Bull. 2010, I, n° 125 (rejet).

**Exercice**

**Comment calculer la valeur des droits sociaux en cas de contestation ?**

La question se pose quand, et le cas de l’arrêt le montre, les parties ne sont pas d’accord sur le prix – soit la valeur des droits sociaux. Il y a le fond, c’est de l’analyse financière (même si elle ne peut pas exclure le droit). Et il y a la forme, en réalité la méthode juridique. Deux voies possibles pour appliquer 1843-4 et qui valent soit si c’est la loi, soit si c’est la convention (statut ou autres) qui prévoient l’indemnisation de l’associé :

1) Requête commune, du candidat à la cession et de la société qui a refusé l’agrément, à un expert pour réaliser la mission d’évaluation de l’article 1843-4 du Code civil ; il répondra oui ou non, il faudra lui communiquer les pièces de la société, il entendra les parties…

2) Assignation par-devant le président du TC en général par l’associé, candidat à la cession, de la société, en désignation d’un expert (naguère « arbitre ») pour une expertise commune. L’assignation doit dans ce cas prévoir une mission d’évaluation conforme à la loi.

On remarque : que ce n’est pas un référé ordinaire puisqu’il y a un texte spécial, mais on assigne en la forme des référés, donc prt de la juridiction ; que ce n’est pas une expertise à toute fin de l’article 145 CPC. C’est une désignation ad hoc.

L’avocat, sauf s’il a un diplôme d’expert-comptable, sera bien inspiré de se faire assister par un professionnel du chiffre ou un expert du secteur économique en cause…

DOC 2

**LA QUALITE D’ASSOCIE**

**LA QUALITE D’ADMINISTRATEUR**

Cour de cassation chambre civile 1

Audience publique du mercredi 28 septembre 2016

N° de pourvoi: 15-18482

Titrages et résumés : SOCIETE CIVILE - Associés - Exclusion - Effets - Perte de la qualité d'associé - Conditions - Remboursement préalable des droits sociaux

Si le défaut de remboursement de la valeur des parts d'un associé coopérateur qui a fait l'objet d'une mesure d'exclusion n'a pas pour effet de maintenir son mandat d'administrateur, en revanche, **la perte de la qualité d'associé d'une société d'intérêt collectif agricole constituée sous la forme d'une société civile ne (pas) peut être antérieure au remboursement des droits sociaux.**

SOCIETE CIVILE - Associés - Exclusion - Remboursement des droits sociaux - Défaut - Effets - Maintien du mandat d'administrateur

Précédents : sur les conditions de la perte de la qualité d'associé, à rapprocher : Com., 17 juin 2008, pourvoi n° 07-14.965, Bull. 2008, IV, n° 126 (rejet), et les arrêts cités ; Com., 5 mai 2015, pourvoi n° 14-10.913, Bull. 2015, IV, n° 72 (rejet)

Textes appliqués : article R. 523-5 du code rural et de la pêche maritime ; article 1860 du code civil

J’en ai, j’en suis – de la société ; j’en ai, je suis associé.

**EXERCICE**

**LES ENFANTS DU NOTAIRE ASSOCIE DECEDE ONT-ILS DROIT AUX BENEFICES DE LA SCP APRES LA MORT DE LEUR PERE ?**

 La qualité d’associé donne droit, par le truchement des droits sociaux, à de multiples droits. Il y a aussi des droits « en dehors » des droits sociaux (droit d’assigner le dirigeant en RC pour faute de gestion, droit de demander une expertise de gestion à plusieurs associés qui totalisent un certain nombre de droits sociaux – une seule action ne suffit donc pas, il faut 5 ou 10 %).

 La question posée semble saugrenue car les enfants ne travaillent pas dans l’étude !

REPONSE DE LA COUR DE CASSATION :

Cour de cassation, chambre civile 1

 Audience publique du mercredi 25 janvier 2017

 N° de pourvoi: 15-28980

 Publié au bulletin Rejet

**En cas de décès de l'associé membre d'une société civile professionnelle titulaire d'un office notarial, ses héritiers ou légataires conservent vocation à la répartition des bénéfices jusqu'à la cession ou au rachat des parts de leur auteur. Par suite, ils conservent ce droit aussi longtemps que la valeur des parts sociales ne leur a pas été remboursée.**

Précédents jurisprudentiels : Sur le droit aux bénéfices distribuables des héritiers et légataires en cas de décès d'un associé d'une société civile professionnelle, à rapprocher :1re Civ., 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.453, Bull. 2012, I, n° 172 (cassation partielle)

Textes appliqués : articles 1134 et 1843-4 du code civil ; article 24 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 ; article 34 du décret n° 67-868 du 2 octobre 1967

**DOC EXTRAITS**

**Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération**

**Article 1** Modifié par LOI n°2014-856 du 31 juillet 2014 - art. 24

La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires.

Elle exerce son activité dans toutes les branches de l’activité humaine et respecte les principes suivants : une adhésion volontaire et ouverte à tous, une gouvernance démocratique, la participation économique de ses membres, la formation desdits membres et la coopération avec les autres coopératives.

Sauf dispositions spéciales à certaines catégories de coopératives, chaque membre coopérateur dénommé, selon le cas, “associé” ou “sociétaire”, dispose d’une voix à l’assemblée générale.

Les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres, sous réserve de l’article 16.

**Article 14** Modifié par LOI n°2016-1691 du 9 décembre 2016 - art. 113

Les coopératives **ne peuvent servir à leur capital qu’un intérêt**, déterminé par l’assemblée générale dans les conditions fixées par les statuts, dont le taux est au plus égal à la moyenne, sur les trois années civiles précédant la date de l’assemblée générale, du taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées, majorée de deux points. Ce taux est publié par le ministre chargé de l’économie dans des conditions fixées par décret. Régime général :

**Article 11** Modifié par Loi n°92-643 du 13 juillet 1992 - art. 6 JORF 14 juillet 1992

Les parts sociales sont nominatives. Leur cession est soumise à l’approbation, soit de l’assemblée générale, soit des administrateurs ou gérants, dans les conditions fixées par les statuts.

Les statuts peuvent prévoir l’émission par la coopérative de parts sociales qui confèrent à leurs détenteurs des avantages particuliers.

Ils déterminent les avantages attachés à ces parts, dans le respect des principes coopératifs.

Ces parts ne peuvent être souscrites que par les associés. Elles sont librement négociables entre eux.

 **Article 11 bis** Créé par Loi n°92-643 du 13 juillet 1992 - art. 7 JORF 14 juillet 1992

Les statuts peuvent prévoir la création de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote susceptibles d’être souscrites ou acquises par les associés visés à l’article 3 bis ou par des tiers non associés. Ils déterminent les avantages pécuniaires conférés à ces parts.

 Lorsque ces avantages ne sont pas intégralement versés pendant trois exercices consécutifs, les porteurs de ces parts acquièrent un droit de vote dans les limites fixées à l’article 3 bis de la présente loi.

Les titulaires de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote sont réunis en assemblée spéciale dans des conditions fixées par décret.

Tout titulaire de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote peut participer à l’assemblée spéciale. Toute clause contraire est réputée non écrite.

L’assemblée spéciale peut émettre un avis avant toute décision de l’assemblée générale. Elle statue alors à la majorité des voix exprimées par les porteurs présents ou représentés. L’avis est transmis à la société. Il est porté à la connaissance de l’assemblée générale et consigné à son procès-verbal.

L’assemblée spéciale peut désigner un ou, si les statuts le prévoient, plusieurs mandataires chargés de représenter les porteurs de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote à l’assemblée générale des coopérateurs et, le cas échéant, d’y exposer leur avis avant tout vote de cette dernière. Cet avis est consigné au procès-verbal de l’assemblée générale.

Toute décision modifiant les droits des titulaires de parts à intérêt prioritaire sans droit de vote n’est définitive qu’après approbation par l’assemblée spéciale à la majorité des deux tiers des voix exprimées par les porteurs présents ou représentés.

**Article 12** Modifié par Loi n°92-643 du 13 juillet 1992 - art. 8 JORF 14 juillet 1992

Les parts sociales des coopératives qui sont constituées sous le régime de la présente loi doivent être libérées d’un quart au moins au moment de leur souscription et la libération du surplus doit être effectuée dans les délais fixés par les statuts sans pouvoir excéder cinq ans à partir de la date à laquelle la souscription est devenue définitive.

Les parts émises en contrepartie d’apports en nature sont intégralement libérées dès leur émission.

La société a la faculté de renoncer à poursuivre le recouvrement des sommes exigibles à l’égard d’un associé. En ce cas, l’associé est exclu de plein droit après mise en demeure par lettre recommandée et à défaut de paiement dans les trois mois.

**Cour de cassation
chambre commerciale
Audience publique du mercredi 13 septembre 2017
N° de pourvoi: 16-13674**Publié au bulletin **Cassation partielle**

**Mme Mouillard (président), président**
SCP Foussard et Froger, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 211-3 et R. 211-15 du code des procédures civiles d'exécution, ensemble les articles 1842 et 1852 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., gérant et associé de la SCI SM Patrimoine (la SCI), est débiteur à l'égard du Trésor public de la somme de 53 570,49 euros ; que le comptable du service des impôts des particuliers d'Avignon-Est a fait pratiquer une saisie-attribution des sommes dues par la SCI à M. X... ; qu'estimant que la SCI avait manqué à ses obligations de tiers saisi, le comptable du service des impôts des particuliers d'Avignon-Est l'a assignée pour demander la délivrance d'un titre exécutoire à son encontre ; que la SCI a contesté être débitrice de M. X... au motif que ses bénéfices n'avaient pas été distribués mais affectés au compte « report à nouveau » ;

Attendu que pour condamner la SCI à payer au comptable du service des impôts des particuliers d'Avignon-Est la somme de 53 570,49 euros, l'arrêt retient que l'argument de la SCI, selon lequel l'absence de preuve de sa qualité de débitrice de M. X... résulte de l'affectation des revenus fonciers déclarés au compte « report à nouveau » sans distribution, est inopérant dès lors que la créance de M. X... sur elle résulte de la déclaration des revenus fonciers 2011 de ce dernier ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les **dividendes** n'ont pas d'existence juridique avant la constatation de sommes distribuables par l'organe social compétent et la détermination de la part attribuée à chaque associé, de sorte qu'en l'absence d'une telle décision, la SCI n'était pas débitrice de M. X... et ne pouvait être condamnée aux causes de la saisie pour avoir méconnu son obligation de renseignement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :  CASSE ET ANNULE,

**Société mère, détention par des droits sociaux… et prime de groupe.**

**Cour de cassation
chambre sociale
Audience publique du mercredi 18 janvier 2017
N° de pourvoi: 15-24050**Publié au bulletin **Rejet**

**M. Frouin, président**
M. Alt, conseiller rapporteur
M. Petitprez, avocat général
SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat(s)

**Texte intégral**

**REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rouen, 10 juin 2015), que le syndicat CGT (le syndicat) de la société Sidel Blowing & services a demandé l'ouverture de négociations sur les conditions de versement de la prime de partage des bénéfices prévue par la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 ; que la société ayant fait connaître que les conditions de versement de cette prime n'étaient pas réunies, le syndicat a saisi le tribunal de grande instance ;

Attendu que le syndicat fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes tendant à faire juger que les conditions de versement de la prime de partage des profits étaient réunies pour la société Sidel Blowing & services alors, selon le moyen :

1°/ que la loi n° 2011-894 du 28 juillet 2011 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2011, complétée par une circulaire interministérielle du 29 juillet 2011 relative à la prime de partage des profits sous forme de questions-réponses sur le périmètre, la mise en place et le calcul de la prime de partage des profits, prévoit en son article 1er le versement d'une prime au bénéfice de l'ensemble des salariés lorsque l'employeur verse des **dividendes** en augmentation par rapport à la moyenne des deux exercices précédents ; que l'article ajoute que lorsque l'entreprise concernée appartient à un groupe tenu de constituer un comité de groupe en application de l'article L. 2331-1 du code du travail, l'employeur verse ladite prime si l'entreprise dominante du groupe attribue des **dividendes** dont le montant est en augmentation par rapport à la moyenne des **dividendes** versés au titre des exercices précédents ; qu'il s'ensuit que seules les entreprises dominantes dont le siège social est sur le territoire français sont soumises à ce dispositif de partage de profits ; que lorsqu'un groupe qui a constitué un comité de groupe en France dont l'entreprise dominante située en France est elle-même contrôlée à 100 % par une entreprise dominante située à l'étranger, le critère de versement du dividende s'apprécie au niveau de l'entreprise et non du groupe, de sorte que les filiales françaises ne sont assujetties à la prime qu'en tant qu'entreprises individuelles, c'est-à-dire si, à titre individuel, elles reversent des **dividendes** en augmentation par rapport à la moyenne des deux années précédentes ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que la société Sidel Holding France, société dominante du groupe Sidel auquel appartenait la société Sidel Blowing & services, était détenue à 100 % par une société étrangère, la société Tetra Laval BV ; qu'il s'évinçait de cette constatation que c'était au niveau de chacune des filiales que le critère de versement du dividende devait s'apprécier ; que dans la mesure où la cour d'appel a relevé que la société Sidel Blowing & services avait distribué des **dividendes** en 2010 contrairement aux deux années précédentes, les conditions de versement de la prime de partage de profits étaient bien réunies pour 2011 ; qu'en considérant pourtant que c'était au niveau du groupe que devait s'apprécier le critère de versement du dividende, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et, partant, a statué par des motifs tout aussi erronés qu'inopérants, a violé l'article 1er de la loi du 28 juillet 2011, ensemble de l'article L. 2331-1 du code du travail ;

2°/ que le syndicat requérant avait fait valoir que la société Sidel Holding, présentée comme la société dominante du groupe Sidel, était en réalité une coquille vide qui ne prenait aucune décision elle-même, de sorte les prises de décisions au sein des différentes entités liées au groupe Sidel ne correspondait pas à la réalité de la production et de la répartition des flux de trésorerie et des **dividendes** ; qu'en déboutant le requérant de sa demande, sans rechercher si l'absence de distribution de **dividendes** par la société Sidel Holding, société dominante du groupe, était le fruit d'un manque de trésorerie ou de la politique insufflée par la société Tetra Laval, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er de la loi du 28 juillet 2011, ensemble de l'article L.2331-1 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, ayant constaté que la société Sidel Holding France était la société dominante du groupe Sidel auquel appartenait la société Sidel Blowing & services et **qu'un comité de groupe avait été constitué en application de l'article L. 2331-1 du code du travail, a exactement décidé que, pour la société Sidel Blowing & services, les conditions relatives au versement de la prime de partage des profits étaient exclusivement fixées par les dispositions de l'alinéa 2 du II de l'article 1er de la loi du 28 juillet 2011, quand bien même la société Sidel Holding France était détenue par une société étrangère** ;

Et attendu que la cour d'appel n'avait pas à répondre à une argumentation que ses constatations rendaient inopérante ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Exemple de transparence à travers un prospectus.**

**Introduction de notre analyse chez Lexbase.**

**Splendeur du principe de transparence sur fond de validité des poursuites de l’Autorité des marchés financiers**

Cass. com., 20 septembre 2017, n° 15-29098 15-29144, FS-P+B, Rejet, N° LXB : A7650WS7

**Hervé CAUSSE**

Professeur de droit des affaires à l’Université Clermont-Auvergne (CMH, EA 4232)

Directeur du Master Droit des Affaires, Droit bancaire et financier

Les marchés financiers sont parfois présentés comme la bourse. Le mot est un peu devenu naïf et trop commode[[4]](#footnote-4). La bourse n’existe plus de façon unitaire depuis longtemps. L’appellation ancienne d’un compartiment du marché des capitaux (la bourse !) laisse entendre que l’on sait de quoi on parle, ce qui dispense d’être précis[[5]](#footnote-5). Pourtant, les choses sont un peu plus complexes. Aux termes du Code monétaire et financier et du Règlement général de l’Autorité des marchés financiers (AMF), les marchés sont des institutions juridiques précises, aux fonctions et mécanismes précis. Cette législation, européenne indique l’état du droit positif dans chaque pays de l’Union européenne[[6]](#footnote-6). Cette précision permet d’enseigner que certains marchés financiers fonctionnent au vu de principes juridiques. Joueraient le principe de transparence, d’égalité, de sécurité… principes a priori établis en faveur des investisseurs (transparence du marché, égalité et sécurité des investisseurs)[[7]](#footnote-7). Cependant, au-delà de la bonne intention qu’ils expriment, et outre les dispositions précises du Code monétaire et financier et du Règlement général de l’AMF précités, la substance propre de ces principes peut laisser perplexe.

Dans un arrêt traitant de l’information due par une société anonyme émettrice d’actions, **le principe de transparence prend, nous semble-t-il, toute sa teneur voire une valeur propre (Cass. com., 20 septembre 2017,** n° 15-29098 15-29144, FS-P+B, Rejet, N° LXB : A7650WS7). L’affaire concerne la société César dont les actions sont admises aux négociations sur le marché Alternext. Ce marché est un système multilatéral de négociation (SMN ; en anglais : *alternative trading system* ou ATS). Tous les marchés sont aujourd’hui des systèmes, informatiques, quoique les études du sujet occultent la nature électronique du marché. En France, ce marché appartient plus précisément, à la catégorie spéciale du système multilatéral de négociation organisé (SMNO)[[8]](#footnote-8). Comme un système de marché réglementé, soit une grande bourse (…), ce système permet la rencontre d’intérêts acheteurs et vendeurs, de façon non-discrétionnaire (C. mon. fin., art. L. 424-2 et s.)[[9]](#footnote-9). En clair, il permet à des acheteurs et vendeurs, par de simples ordres, de faire des négociations de titres. La machine fait les contrats : les titres électroniques (dématérialisés) que sont les actions sont négociées par des contrats électroniques (négociations) depuis trente ans sur les systèmes multilatéraux (des grandes bourses…). Le SMN ou le SMNO est géré par un prestataire de services d’investissement (PSI) ; il est spécialement agréé pour cette activité. Cette machine qui fait les contrats voire les exécute en partie (livraison des titres) est le cœur ignoré du marché.

Le marché est aussi un fait économique et humain. Comme sa définition (électronique) précitée l’indique, il permet des échanges de consentements et la vente de telle ou telle chose. Il réunit pour ce faire des opérateurs, des intermédiaires, un organisateur (l’entreprise de marché) et une autorité (l’AMF). Les agents sont les clients, petits, moyens ou gros (investisseurs qualifiés) qui donnent des ordres pour acheter ou vendre des titres. La réglementation boursière promeut leur protection[[10]](#footnote-10), sauf deux objectifs : l’existence du marché (il survivra et certains investisseurs non) et la stabilité du système financier (facette forte de l’ordre public financier qu’il faudrait mieux étudier[[11]](#footnote-11) en vue de vérifier l’existence d’un principe de stabilité). Tel est le contexte des actions de la société César cotées sur Alternext.

La société César a procédé à une augmentation de capital de 7 millions d’euros avec maintien du droit préférentiel de souscription (lequel permet à l’actionnariat en place de maintenir ses pourcentages de participation). Le prospectus[[12]](#footnote-12) relatif à cette opération, visé par l’AMF, a été publié le 26 mai 2011 sur le site internet de la société et les fonds perçus le 4 juillet 2011. Or, chose bien peu imaginable, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte le 10 août 2011, aboutissant à la suspension de la cotation jusqu’au 25 mars 2013 et à l'adoption d'un plan de continuation en 2013. Une simple remarque pose tout le problème : on imagine que le public n’aurait pas souscrit s’il avait simplement suspecté une telle éventualité (on peut concrétiser le problème en notant que l’action est à ce jour cotée de 2 à 4 centimes). La situation a conduit à l’ouverture d'une enquête de l'Autorité des marchés financiers sur l'information financière de la société César à compter du 1er septembre 2008 et, à sa suite, le président de l'AMF a notifié des griefs à la société César ainsi qu'aux deux signataires du prospectus, M. X..., président du directoire, et M. Y..., directeur général et membre du directoire.

Ainsi saisie, la Commission des sanctions de l'AMF a jugé, par une décision du 6 mai 2014, que tous trois avaient commis des manquements à l'obligation d'information du public et a prononcé à leur encontre des sanctions pécuniaires et la publication de la décision sur son site internet. La société César et M. X..., d’une part, et M. Y..., d’autre part, ont formé un recours contre cette décision. Le juge d’appel, dans un arrêt très motivé, a rejeté les recours et accueilli la demande de publication de la décision de sanctions de l’AMF[[13]](#footnote-13).

Les plaignants ont formé un pourvoi en cassation et, à cette occasion, posé deux questions prioritaire de constitutionnalité (QPC)[[14]](#footnote-14). Jouant son rôle de filtre, la Haute juridiction a jugé recevable les deux QPC[[15]](#footnote-15). Ainsi saisi, le Conseil constitutionnel n’a pas fait droit aux critiques de la base légale tout en formulant une réserve[[16]](#footnote-16). La Cour de cassation a alors statué sur le pourvoi contre, l’arrêt d’appel, le 20 septembre 2017[[17]](#footnote-17).

On procédera à une synthèse des questions tenant à la conformité des dispositions à l’origine de la procédure et des textes (I). Le plus important pour la pratique des affaires reste l’opération sociétaire réalisée sur le marché financier. La question de droit commercial et des affaires posée est celle de savoir comment écrire une note d’opération faisant appel au public, comment décrire concrètement l’opération. L’arrêt pousse à dire qu’il faut opérer dans la plus grande transparence. On le comprend quand les nombreuses obligations d’information des sociétés cotées suggèrent un principe de transparence (II).

1. La cession de parts sociales doit être constatée par écrit. Elle est rendue opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690 ou, si les statuts le stipulent, par transfert sur les registres de la société.

Elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et après publication. [↑](#footnote-ref-1)
2. Section 6 : Cession des parts sociales. **Article 1861** Créé par Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978

Les parts sociales ne peuvent être cédées **qu'avec l'agrément de tous les associés**.

Les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera obtenu **à une majorité** qu'ils déterminent, ou qu'il peut être accordé par les gérants. Ils peuvent aussi dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux. Sauf dispositions contraires des statuts, ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant.

Le **projet de cession** est notifié, avec demande d'agrément, à la société et à chacun des associés. Il n'est notifié qu'à la société quand les statuts prévoient que l'agrément peut être accordé par les gérants.

Lorsque **deux époux** sont simultanément membres d'une société, les cessions faites par l'un d'eux à l'autre doivent, pour être valables, résulter d'un acte notarié ou d'un acte sous seing privé ayant acquis date certaine autrement que par le décès du cédant. [↑](#footnote-ref-2)
3. Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, article 11. [↑](#footnote-ref-3)
4. M. Paul Didier écrivait déjà en 1999 « le mot même de bourse apparaît quelque peu désuet » : Droit commercial, t. 3, PUF, 1999, p. 231. Sur l’ensemble de la question : Th. Bonneau et F. Drummond, Droit des marchés financiers, Economica, 2012. [↑](#footnote-ref-4)
5. Les économistes ne rationalisent guère la dizaine de marchés qui, accolés, interdépendants, sont l’un des types d’architecture de la finance. Les réseaux informatiques sont une autre architecture de la finance. Outre les architectures, la finance repose sur la monnaie, les titres (négociables), le contrat (financier) : ils constituent une architecture moins matérielle de la finance, celle des actifs financiers. Ces quelques mots signalent le côté naïf qu’il y a à parler de bourse. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sur la transparence des divers marchés : P.-E. Partsch, Droit bancaire et financier européen, Larcier, 2009, p. 638, n° 988 et p. 642, n° 997 (l’ouvrage est pour partie republié). [↑](#footnote-ref-6)
7. G. Coscas, Mémento des marchés monétaires et financiers, 2003, Séfi, p. 11, et p. 583, avec une introduction consacrée aux principes d’ordre public (« Chapitre 2, Les principes de transparence et de sécurité » (p. 21), à la transparence (p. 23). Ainsi encore, en 1999 un auteur intitule une des sections de son ouvrage « les principes fondamentaux du droit des marchés financiers » : F. Peltier, Marchés financiers et droit commun, éd. Banque, p. 112, n° 172. D’autres auteurs évoquent les principes directeurs : Th. Bonneau et F. Drummond, préc., p. 880, n° 747. [↑](#footnote-ref-7)
8. Art. L. 424-1 et s., CMF ; RGAMF, art. 524-1 et s. [↑](#footnote-ref-8)
9. On en dénombre six: *Alternext Paris* et le *Marché libre* qui admettent à la négociation des actions ; MTS, NYSE *BondMatch* et *Galaxy* qui permettent la négociation d’obligations ; seuls *Alternext*, NYSE *BondMatch* et *Galaxy* ont le statut de SMNO. Ph. Didier, *Pluralité et concurrence dans le secteur des plates-formes de négociation de titres*, Mélanges B. Oppetit, 2010. [↑](#footnote-ref-9)
10. Il y a depuis plusieurs années une attention particulière sur l’investisseur et diverses thèses sur le sujet : Téhrani, Les investisseurs protégés en droit financier, Bib. Dr. ent., t. 88, préf. 2015, préf. Th. Bonneau ; A. Grundeller, . Voyez, le traitement en parallèle : Le concept d’investissement, Bruylant, dir. H. Causse et M. Sinkondo, 2014. Pour un classement positif : notre ouvrage, Droit bancaire et financier, 2016. [↑](#footnote-ref-10)
11. A voir dans les Mélanges J.-J Daigre (à paraître) l’analyse de Juliette Méadel sur ce sujet. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sur sa réforme : Hebdo édition affaires n° 516 du 6 juillet 2017, N° LXB : N9287BWU : le règlement n° 2017/1129 du 14 juin 2017, 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 sur un marché réglementé (N° Lexbase : L0645LGY). Il abroge et remplace la Directive "Prospectus" (Directive n° 2003/71/CE du 4 novembre 2003 N° Lexbase : L4456DMY). Ce règlement fait partie du plan d'actions visant à construire l'Union des marchés de capitaux qui réduira les différences nationales qui freinent le développement des placements privés. [↑](#footnote-ref-12)
13. Paris, 5, 7, 29-10-2015, n° 2014/14359, N° LXB : A1279NXN. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cass. com., 5 juillet 2016, n° 15-29098 15-29144, QPC. M. Y… a demandé : « Les dispositions de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de la loi du 22 octobre 2010 en ce qu'elles prévoient que l'Autorité des Marchés Financiers peut poursuivre et sanctionner le fait de s'être livré à la diffusion de fausse information quand le même fait peut également être poursuivi et sanctionné par les juridictions correctionnelles, sur le fondement de l'article L. 465-2 du même code, méconnaissent-elles l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatif au principe de nécessité et de proportionnalité des peines et le principe ne bis in idem qui en découle ? »

La société César et M. Y... ont demandé : « Les dispositions de l'article L. 621-15 du code monétaire et financier, dans leur rédaction issue de la loi du 22 octobre 2010, qui prévoient que l'Autorité des Marchés Financiers peut poursuivre et sanctionner le fait de s'être livré à la diffusion de fausse information et les dispositions de l'article L . 465-2 du même code qui répriment pénalement le délit de diffusion de fausse information, en ce qu'elles permettent de poursuivre, et d'éventuellement sanctionner cumulativement, les mêmes faits devant l'Autorité des Marchés Financiers et les juridictions pénales méconnaissent-elles l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 relatif au principe de nécessité et de proportionnalité des peines ? » [↑](#footnote-ref-14)
15. Cass. com., 5 juillet 2016, préc. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cons. const. 30 sept. 2016, n° 2016-572 QPC, M. Gilles M. et autres [Cumul des poursuites pénales pour le délit de diffusion de fausses informations avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement à la bonne information du public] ; D. 2016, 2424, obs. G. Roujou de Boubée et autres ; ibid. 2017. 1328, obs. N. Jacquinot et R. Vaillant ; Rev. sociétés 2017. 99, note H. Matsopoulou ; Constitutions 2016. 545, chron. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cass. com., 20 septembre 2017, n° 15-29098, préc. [↑](#footnote-ref-17)