

DECF

SESSION 2003

DROIT DES SOCIÉTÉS

Éléments indicatifs de corrigé

Ce dossier présente des éléments de corrigé à l'attention des correcteurs.
Plusieurs questions appellent des réponses rédigées de la part des candidats.
Les idées clés sont proposées pour permettre une approche ouverte des réponses des candidats.
Ce document ne constitue donc pas un modèle.

Remarque préliminaire : on n'exigera pas des candidats qu'ils citent les numéros des articles des lois et règlements ni qu'ils énoncent littéralement leur contenu.

Premier dossier : constitution

1.1. Les fonds dont elles disposent sont-ils suffisants pour envisager la constitution d'une SARL ?

« le capital minimum d'une SARL est de 7 500 euros. » (art L 223-2 C. com)

« Les parts doivent être souscrites en totalité par les associés ; les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois, sur décision du gérant dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés. » (art L 223-7 C. com)

En l'espèce, la libération minimum des apports en numéraire de 1 500 euros (7 500 / 5) est bien réalisée par les deux associées.

1.2. Christelle peut-elle obtenir autant de parts que Barbara en effectuant un apport en industrie ?

Jusqu'à la loi NRE du 15 mai 2001, il ne pouvait pas y avoir d'apports en industrie dans une SARL.

En effet, ces apports ont un caractère **successif** et jusqu'alors le capital devait être libéré **immédiatement**.

Désormais, comme la libération peut s'étaler sur cinq ans, il appartient aux **statuts** de la SARL de déterminer les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie (art. L223-7 al. 2 Code de Com.).

Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes (art. 1843-2 al. 2 Code Civil).

En l'espèce, les statuts peuvent déterminer le nombre de parts sociales attribuées en rémunération des apports en industrie et les droits attachés à ces parts de telle manière que Christelle obtienne autant de parts que Barbara.

1.3. Quels sont les moyens dont dispose Barbara pour participer à la vie sociale ?

La loi a prévu qu'un associé non gérant puisse participer régulièrement à la vie sociale d'une SARL.

« Le rapport de gestion, l'inventaire et les comptes annuels, établis par les gérants, sont soumis à l'approbation des associés réunis en assemblée, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice.

A cette fin, les documents visés...sont communiqués aux associés.

Tout associé a la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le gérant est tenu de répondre au cours de l'assemblée.

L'associé peut, en outre, et à toute époque, obtenir communication...des documents sociaux...concernant les trois derniers exercices » (art L 223-26 C. com)

« Les décisions sont prises en assemblée...Un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le quart des associés, le quart des parts sociales, peuvent demander la réunion d'une assemblée... » (art L 223-27 C. com).

« Chaque associé a le droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égales à celui des parts sociales qu'il possède. » (art L 223-28 C. com)

« Tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation... » (art L 223-36 C. com)

« Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion » (art L 223-37 C. com)

En l'espèce, Barbara peut user de toutes ces possibilités.

Deuxième dossier : développement de la société

2.1. Les conditions de fond de constitution d'un GEIE vous semblent-elles réunies ?

« Un groupement doit être composé au moins de deux sociétés (ou deux personnes physiques exerçant une activité industrielle, commerciale...) ayant leur administration centrale dans des États membres différents » (art 4-2 règlement CEE n° 2137-85 du 25 juillet 1985)

« Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci » (art 3-1 règlement CEE n° 2137-85 du 25 juillet 1985)

« Le siège mentionné par le contrat de groupement doit être situé dans la Communauté. Ce siège doit être fixé :

-soit au lieu où le groupement a son administration centrale,

-soit au lieu où l'un des membres du groupement a son administration centrale... » (art 12 règlement CEE n° 2137-85 du 25 juillet 1985)

En l'espèce, la SARL BCO et la société allemande remplissent les conditions pour créer un GEIE immatriculé sur le territoire français.

2.2. Quels sont les organes de gestion et de contrôle du GEIE ?

« Le groupement est géré par une ou plusieurs personnes physiques nommées dans le contrat de groupement ou par une décision des membres.

Un État membre peut prévoir, pour les groupements immatriculés à ses registres... qu'une personne morale peut être gérant, à condition qu'elle désigne un ou plusieurs représentants personnes physiques.

Le contrat de groupement ou, à défaut, une **décision unanime des membres** détermine les conditions de nomination et de révocation du ou des gérants et fixe leurs pouvoirs.» (art 19 règlement CEE n° 2137-85 du 25 juillet 1985)

« Une personne morale peut être nommée gérant d'un groupement européen d'intérêt économique » (art L 252-6 C. com)

« Les dispositions applicables aux groupements d'intérêt économique de droit français relatives au...contrôle des comptes...sont applicables aux groupements européens d'intérêt économique » (art L 252-7 C. com)

« Le contrôle de la gestion qui doit être confiée à des personnes physiques et le contrôle des comptes sont exercés dans les conditions prévues par le contrat constitutif du groupement.

Toutefois lorsqu'un groupement émet des obligations..., le contrôle de la gestion doit être exercée par une ou plusieurs personnes physiques nommées par l'assemblée. La durée de leur fonction et leur pouvoir sont déterminés dans le contrat.

Le contrôle des comptes dans les groupements visés à l'alinéa précédent et dans les Groupements qui comptent cent salariés ou plus doit être exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes... nommés par l'assemblée pour une durée de six exercices » (art L 251-12 C. com)

En l'espèce, les deux sociétés membres du GEIE détermineront dans le contrat le (ou les) gérant(s), personne physique ou morale, ainsi qu'un contrôleur de gestion obligatoirement personne physique.

Elles ne sont pas tenues de nommer un commissaire aux comptes, puisque le GEIE n'émet pas des obligations et emploie moins de cent salariés.

Troisième dossier : aléas de la vie des affaires

3.1. Christelle vous demande quels sont les rôles et pouvoirs de ce conciliateur.

« ...Le président du tribunal ouvre le règlement amiable et désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas trois mois mais qui peut être prorogée d'un mois au plus à la demande de ce dernier. » (art L 611-3 C. com)

« I. - Le président du tribunal détermine la mission du conciliateur, dont l'objet est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers.

II. - Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose ... » (art L 611-4 al I et II C. com)

« Toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue au secret professionnel » (art L 611-6 C. com)

En l'espèce, pour mettre en œuvre cette procédure, le chef d'entreprise demande au président du tribunal de commerce de désigner un conciliateur. Celui-ci aura alors une mission pour une durée maximale de quatre mois. Il mènera des négociations avec les créanciers de l'entreprise dont la SARL BCO afin d'obtenir des délais de paiement et, éventuellement, des remises de dettes devant permettre le redressement de la situation.

Le conciliateur est choisi parmi les personnes compétentes. (mandataires liquidateurs, administrateurs judiciaires, experts comptables. ...)

Le conciliateur est investi de la double mission de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers, mais en aucun cas il ne se substitue aux dirigeants dans la gestion de l'entreprise.

Il s'agit d'une procédure de nature contractuelle et confidentielle, ce qui est le gage de son efficacité.

3.2. La société a-t-elle l'obligation de négocier un accord pour ce client en difficulté ?

« VIII. - Lorsqu'un accord est conclu avec tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal de commerce et déposé au greffe. Si un accord est conclu avec les principaux créanciers, le président du tribunal peut également l'homologuer et accorder au débiteur les délais de paiement prévus à l'article 1244-1 du code civil pour les créances non incluses dans l'accord.

IX. - L'accord suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice, toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il suspend les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents à ces créanciers.

X. - En cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord, le tribunal prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé. » (art L 611-4 al VIII à X C. com)

En l'espèce, la SARL n'est pas tenue de conclure un accord pour ce client en difficulté, mais le conciliateur pourra demander au président du tribunal de commerce de prononcer une suspension provisoire des poursuites pour l'ensemble des créanciers et de prendre une ordonnance qui homologue l'accord conclu avec les créanciers qui en sont d'accord et qui impose des délais de paiement à ceux qui ont refusé. Ces délais de paiement peuvent aller jusqu'à deux ans.

3.3. La clause de réserve de propriété.

• L'intérêt d'insérer une clause de réserve de propriété.

L'art. 621-122 permet la revendication des biens meubles vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix.

Cette clause permet de subordonner le transfert de propriété d'un bien au paiement intégral du prix et, en cas de défaut de paiement, de revendiquer le bien malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'acheteur.

• Les conditions.

Pour être opposable à l'acheteur, la clause devra figurer dans un écrit régissant soit un ensemble d'opérations commerciales (contrats de distribution, conditions générales de vente, etc.), soit une seule opération commerciale et établi au plus tard au moment de la livraison (facture, etc.). (art L621-122 C. com).

Cette clause doit être rédigée en caractères apparents et lisibles. Elle est opposable à l'acheteur sauf si ce dernier a négocié avec le vendeur un accord écrit pour en écarter l'application.

Une publicité de la clause peut être effectuée au greffe du tribunal de commerce du lieu où le débiteur a son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. En cas de dépôt de bilan du débiteur (acheteur), le créancier (vendeur) sera alors personnellement prévenu d'avoir à exercer une action en revendication.

Le créancier doit alors exercer une **action en revendication** en envoyant une lettre recommandée avec accusé de réception au mandataire judiciaire chargée de la liquidation.

Cette formalité - qui vaut demande de restitution - devra être effectuée, sous peine de forclusion, dans le délai de trois mois qui court à compter de la date de publication du jugement de liquidation judiciaire au BODACC.

À défaut d'avoir effectué cette formalité, une demande de relevé de forclusion devra être adressée au juge commissaire nommé par le tribunal dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire concernant le débiteur.

En cas de contestation ou à défaut d'accord avec les parties concernées, le créancier doit alors saisir par requête le juge commissaire, dans le délai d'un mois qui court à compter de l'expiration du délai de réponse d'un mois dont disposait le mandataire judiciaire pour prendre position. (art L621-123 C.com).

Pour être revendiquées, les marchandises devront être disponibles et identifiées dans le patrimoine du débiteur.

Si le bien revendiqué est incorporé dans un autre bien mobilier, sa restitution ne pourra avoir lieu que si la récupération s'effectue sans dommage pour sa structure et pour celle du bien incorporant.

Si le bien a été revendu, les sommes payées par le sous-acquéreur entre les mains du débiteur, postérieurement à l'action en revendication, devront être reversées, par l'intermédiaire du mandataire judiciaire, entre les mains du créancier revendiquant.

• Les effets.

Le vendeur reprend les biens, qui, par définition, ne pas entrés juridiquement dans le patrimoine du débiteur. Il échappe donc au concours avec les autres créanciers.

Conclusion : Cette clause est très utile et très précieuse pour les fournisseurs comme la SARL BCO, car elle est opposable à la procédure collective. La SARL BCO pourra donc limiter la perte de sa créance et récupérer ses biens, en échappant au concours avec les autres créanciers, sous réserve que les conditions de mise en œuvre de cette garantie soient bien remplies.

Quatrième dossier : diversification des activités de Christelle

4.1. Christelle qui jusqu'alors a toujours exercé les deux fonctions, vous demande comment se répartissent les pouvoirs et les responsabilités entre le président du conseil d'administration et le directeur général d'une société anonyme.

La loi NRE du 15 mai 2001 a créé une dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général de la société anonyme.

« Le président du conseil d'administration représente le conseil d'administration. Il organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission. » (art. L. 225-51 C. com)

« La direction générale est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général.

« Lorsque la direction générale de la société est assumée par le président du conseil d'administration, les dispositions de la présente sous-section relatives au directeur général lui sont applicables. » (art. L. 225-51-1 C.com)

« I. - Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration.

Il représente la société dans ses rapports avec les tiers. La société est engagée même par les actes du directeur général 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 dispositions des statuts ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du directeur général sont inopposables aux tiers.

II. - En accord avec le directeur général, le conseil d'administration détermine l'étendue et la durée des pouvoirs conférés aux directeurs généraux délégués.

Les directeurs généraux délégués disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général. » (Article L225-56 C. com)

En l'espèce, la seule fonction de directeur général confèrera à Christelle les pouvoirs les plus étendus quant à la gestion de la société, mais elle n'aura pas la fonction de représenter le conseil d'administration.

4.2. Les divers mandats de Christelle sont-ils cumulables ?

Sur le principe, d'une part, « une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de société anonymes » (art L225-21 C. com) ; et d'autre part « une personne physique ne peut exercer simultanément plus d'un mandat de directeur général de société anonyme » (art L225-54-1 C Com).

Le dispositif de la loi du 29 octobre 2002 réaffirme le principe de cumul maximum de cinq mandats dont un maximum de direction générale. Cette dernière loi précise que le mandat de président directeur général est décompté pour un seul mandat.

En l'espèce, la situation actuelle de Christelle respecte les principes généraux de cumul des mandats.

En l'absence de liens entre les différentes sociétés de production où elle exerce actuellement ses mandats, il ne lui sera pas possible d'occuper le poste de directeur général d'une filiale d'une société mère qu'elle ne dirige pas. Cette situation ne répond pas aux exceptions prévues par la loi.

Cinquième dossier : prise de participation

5.1. Les pouvoirs de Christelle qui assure la gérance de la SARL lui permettent-ils de décider seule l'acquisition des titres de ces sociétés ?

« Dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts, et dans le silence de ceux-ci, par l'article L. 221-4.

Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant 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 clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers. » (Art. L. 223-18 C com)

« Dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. » (Art. L. 221-4 C com)

En l'espèce, l'acquisition de titres de ces sociétés semble conforme à l'objet social et rien n'indique que les statuts contiennent des clauses limitant les pouvoirs du gérant.

5.2. En vous référant à la réglementation sur les participations réciproques, indiquez si ces prises de participation sont possibles.

« Une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10 %.

A défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement. Si les investissements réciproques sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire le sien, de telle sorte qu'il n'excède pas 10 % du capital de l'autre. » (art. L. 233-29 C com)

« Si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital supérieure à 10 %, elle ne peut détenir d'actions émises par cette dernière.

Si elle vient à en posséder, elle doit les aliéner...

Si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital égale ou inférieure à 10 %, elle ne peut détenir qu'une fraction égale ou inférieure à 10 % des actions émises par cette dernière.

Si elle vient à en posséder une fraction plus importante, elle doit aliéner l'excédent... » (art. L. 233-30 C com.)

En l'espèce, la SARI, BCO détenant plus de 10 % du capital de la SAS Chocofroid, cette dernière ne peut pas posséder de titres de la SARL. Une participation réciproque serait possible entre les deux sociétés si chacune d'entre elles limitait sa participation à 10 % du capital de l'autre.

Concernant les participations réciproques avec la société américaine, celles-ci se trouvent en dehors du champ d'application de la loi française, cette situation devant permettre l'existence d'une participation croisée.

Sixième dossier : pérennité de l'entreprise et gestion du patrimoine.

6.1. Quelles sont les conditions à réunir pour procéder à la transformation en matière de capital, de contrôle et de gestion de la société ?

« La décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés » (art L227-3 C com)
Malgré la nouvelle rédaction de l'article L. 224-3 du Code de commerce censée permettre d'éviter la désignation d'un commissaire à la transformation en cas de transformation d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions, une récente réponse ministérielle (Rép. min. n° 35521 : JO Sénat Q, 28 mars 2002, p. 932 ; JCP E 2002. 662) a énoncé formellement que "La désignation d'un commissaire à la transformation s'impose en cas de transformation de toute société en SAS".

« Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. » (art L227-5 C com)

« la société est représentée à l'égard des tiers par un président.. investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social » (art L227-6 C com)

En l'espèce, après décision unanime des associées, la SARL BCO pourra se transformer en SAS sans qu'il y ait création d'un être moral nouveau.

Le mandat de gérant de Christelle prendra fin et il appartiendra aux futurs associés de désigner un président pour représenter la SAS.

Le capital devra s'élever à au moins 37 000 euros.

Les apports en industrie n'étant pas reconnu dans les sociétés par actions, il conviendra de désintéresser Christelle à hauteur de cet apport qu'elle a pu effectuer à la constitution de la SARL.

Il sera nécessaire de désigner un (ou plusieurs) commissaire(s) aux comptes. Si la SARL utilisait déjà les services d'un commissaire aux comptes, le mandat sera poursuivi.

6.2. Le projet de recourir à un groupe d'investisseurs pour obtenir des fonds est-il réalisable ?

« La société par actions simplifiée ne peut faire publiquement appel à l'épargne » (art L.227-2 C com)

« L'appel public à l'épargne est constitué par l'une des opérations suivantes :

1. L'admission d'un instrument financier aux négociations sur un marché réglementé ;
2. L'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement. » (art. L. 411-1.C com)

Ne constitue pas une opération par appel public à l'épargne l'émission ou la cession d'instruments financiers auprès d'investisseurs qualifiés ou dans un cercle restreint d'investisseurs, sous réserve que ces investisseurs agissent pour compte propre.

Un investisseur qualifié est une personne morale disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers.

Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières sont réputés agir en qualité d'investisseurs qualifiés.

Un cercle restreint d'investisseurs est composé de personnes, autres que les investisseurs qualifiés, liées aux dirigeants de l'émetteur par des relations personnelles, à caractère professionnel ou familial. Sont réputés constituer de tels cercles ceux composés d'un nombre de personnes inférieur à cent ». (art. L. 411-2.C com)

En l'espèce, le projet de transformation en SAS pour augmenter les ressources de l'entreprise est réalisable si le groupe d'investisseurs n'est pas sollicité selon les règles de l'appel public à l'épargne.