



Dossier La gouvernance des sociétés non cotées

4 Notaires

Une profession qui n'est plus exclusivement réservée aux seuls nationaux

Le paradoxe du marché immobilier francilien

Le financement revu et corrigé par les notaires

6 Entreprises

Comment préserver les secrets d'une entreprise ?

Quel contenu et quel périmètre pour l'intérêt social ?

7 Avocats

Et pourquoi pas une directive européenne pour fixer le droit à l'avocat dans les procédures pénales ?

27 Etude

L'affaire « cœur de défense » revue et corrigée par la cour de cassation



Sanctions antitrust : les dessous des cartes

Transparence et sécurité, voilà des principes qui tiennent le haut du pavé dans le monde économique, politique et financier. Les sanctions pour violation du droit de la concurrence qui, sans aucun doute, en manquaient, se sont vues appliquer ce filtre de la prévisibilité. Sur initiative du ministre de l'Économie, un groupe d'experts s'est penché sur la problématique des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles, notamment afin d'apaiser les tensions institutionnelles entre les protagonistes, actifs ou passifs, en la matière : Autorité de la concurrence, Cour d'appel de Paris (juridiction de recours), ministère de l'Économie et entreprises. Le rapport remis par ces sages a servi de fondement à l'élaboration par l'Autorité de la concurrence de lignes directrices relatives à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, publiées le 16 mai dernier. La démarche pédagogique de l'Autorité, consistant à expliciter les étapes du calcul de la sanction, doit évidemment être saluée. La presse s'est d'ailleurs largement fait l'écho de ce qui pourrait s'apparenter au service rendu par ce communiqué aux entreprises.

Pourtant, il est bien nécessaire de nuancer le bénéfique que les entreprises peuvent escompter de ces lignes directrices. A la manière de la Commission européenne, l'Autorité de la concurrence a élaboré une méthode binaire : l'établissement d'un montant de base dans un premier temps puis, l'application de facteurs d'ajustement. Le montant de base représente une proportion comprise entre 0 et 30 % de la valeur des ventes en relation avec l'infraction, fonction de la gravité de celle-ci et, singularité française, du dommage causé à l'économie, alors que celui-ci fait régulièrement l'objet de controverses. Ce montant de base est ensuite affecté d'un coefficient multiplicateur lié au nombre d'années d'infraction, qui conduira inévitablement à une inflation sensible des sanctions puisque la durée était, jusque-là, fondue parmi d'autres critères pour apprécier la gravité et le dommage à l'économie. Les entreprises pourront seulement se consoler en constatant que l'Autorité s'engage formellement à répondre de manière circonstanciée aux études économiques qui lui seraient soumises par les entreprises.

Vient dans un second temps l'individualisation de la sanction, dans la ligne du droit pénal général. Les circonstances atténuantes et aggravantes (tel que le rôle de meneur) joueront ainsi en tant que facteurs d'ajustement. Précisons qu'en pratique, elles sont peu équilibrées : en témoigne la mise en balance de la difficulté de prouver l'existence d'une circonstance atténuante, avec la souplesse avec laquelle l'Autorité tend à admettre les circonstances aggravantes. En outre, la prise en compte de la réitération (critère légal) est explicitée : une entreprise devra être vierge de constat d'infraction pendant quinze ans pour se prémunir d'une aggravation de sanction, comprise entre 15 et 50 %. Pour autant, l'individualisation n'ouvre pas un puits sans fond de sanctions grâce à l'institutionnalisation de la capacité contributive en tant que facteur de modération du montant dû. Gageons néanmoins que les critères d'obtention d'une minoration pour défaut de capacité contributive seront passés au crible dans la plus stricte orthodoxie.

Ainsi, force est de constater que l'Autorité conserve, notamment au terme des multiples critères d'individualisation, une marge d'appréciation substantielle, semble-t-il à rebours de l'objectif de sécurité et de prévisibilité qui a présidé à l'élaboration du communiqué. Les entreprises ne pourront en tirer parti qu'en jouant sur l'opposabilité du communiqué à l'Autorité. En somme, les entreprises seront bien inspirées de faire valoir le non respect des dispositions du communiqué pour solliciter la remise en cause de leur sanction pécuniaire, dès la séance devant le collège de l'Autorité, puisqu'une évaluation préliminaire de la sanction est débattue en amont avec les services d'instruction, puis devant la Cour d'appel.

Jacques-Philippe Gunther,
Avocat Associé,
Willkie Farr & Gallagher

Notaire : une profession qui n'est plus exclusivement réservée aux seuls nationaux

Le 24 mai dernier, le Conseil supérieur du notariat a communiqué sur la décision rendue le même jour par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE). Il a affirmé que la disparition de la condition de nationalité serait sans effet sur la qualité du service notarial.

Une profession ouverte aux européens

La CJUE a condamné la pratique de certains pays qui réservaient l'accès à la profession de notaire à leurs seuls ressortissants. Cette pratique constitue une discrimination fondée sur la nationalité.

Désormais, les européens pourront prétendre à la fonction de notaire dans l'hexagone. Ils demeurent cependant soumis à des exigences de compétences et doivent se conformer aux règles d'installation, d'exercice et de contrôle

auxquelles restent soumis les notaires. Ces conditions restant inchangées, le Conseil supérieur du notariat souligne que la décision rendue par la CJUE n'entachera pas la qualité du service notarial.

L'exercice de l'autorité publique, non retenue

Seules les professions qui participent à l'exercice de l'autorité publique peuvent réserver leur accès à leurs nationaux. Or, la CJUE a estimé que si la profession notariale



Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)

poursuit des objectifs d'intérêt général, elle ne peut pour autant être considérée comme participant à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45 du traité CE. La Cour n'a pas retenu la participation des notaires à l'exercice de l'autorité publique en s'appuyant sur les arguments suivants : la plupart des activités exercées par les notaires se font sous la surveillance d'un juge ou conformément à la volonté des clients.

Diane Ghattas

Le paradoxe du marché immobilier francilien

Le 26 mai dernier, la Chambre des Notaires de Paris a annoncé les résultats de la conjoncture immobilière de la région parisienne et de la capitale au premier trimestre 2011. Les volumes des transactions immobilières sont à la baisse alors même que les prix poursuivent une constante augmentation.



Frédéric Labour, Frédéric Dumont, Thierry Delesalle

Des volumes de ventes en recule

Au premier trimestre 2011, le volume des ventes de logements anciens et neufs confondus est en baisse par rapport à la même période en 2010. Il est relevé une variation de -11 % pour Paris, -2 % pour la Petite Couronne et -3 % pour la Grande Couronne. Cette baisse des volumes s'est généralisée à tous les types de biens immobiliers, elle trouve probablement

à s'expliquer par la rareté des biens et dans l'augmentation des prix et des taux d'intérêts.

Une progression persistante des prix

La variation annuelle des prix des logements anciens est de + 13,6 % en Ile-de-France. Et cette progression va s'accroître. En effet, grâce à télétransmission des avant-contrats, les notaires peuvent d'ores et déjà affirmer que la moyenne des 8 000 € par mètre carré sera notamment franchie à Paris au deuxième trimestre 2011. Selon Thierry Delesalle, notaire, la flambée

des prix s'est répercutée avec la plus grande homogénéité sur tous les types de biens et sur toute la région parisienne, « Paris entraîne toute la Petite Couronne et la Grande Couronne ».

Une situation qui va se poursuivre

Sur la base des indicateurs avancés, les notaires affirment que la hausse des prix va se poursuivre dans les prochains mois. Il n'est pas encore prévu de fléchissement des prix, pourtant, les acquéreurs arrivent au seuil de leur solvabilité ; certains ne peuvent même plus acheter la place de parking qui accompagne l'appartement qu'ils viennent d'acquérir. A terme, le marché risque une perte d'équilibre.



Christian Lefebvre

La flambée des prix s'est répercutée avec la plus grande homogénéité sur tous les types de biens et sur toute la région parisienne

DG

Le financement revu et corrigé par les notaires

A l'occasion de leur 107^{ème} Congrès, les notaires ont présenté à la presse le 31 mai dernier, des propositions sur le financement visant à favoriser les projets des particuliers et des entreprises. Il en ressort que les trois grands leviers du financement sont : la famille, les établissements de crédit et le droit.

Un financement familial mieux considéré

L'Article 852 du Code civil précise que les frais d'entretien et d'éducation ne sont pas rapportables dans la succession, sauf volonté contraire du disposant. Les parents sont donc bien tenus de financer les études de leurs enfants ; mais, afin d'éviter de futurs conflits lors de la succession, il est possible de prévoir expressément une réintégration des frais d'éducation pour ne pas désavantager par exemple, un enfant qui n'aurait pas suivi de longues études par rapport à un autre. Cependant, l'Article 852 du Code civil ne précise pas les modalités qui permettraient de rapporter ces frais à la succession.

Ainsi, pour éviter les difficultés lors des successions à venir, les notaires suggèrent d'opter pour la donation-partage. Véritable pacte de famille entre les parents, le bénéficiaire de l'aide financière et ses frères et sœurs, la donation-partage permet la constitution de lots dans la succession représentant les avantages dont certains ont bénéficié.



Olivier Herrnberger, Henri Brugerolle,
Thierry Delesalle

Un financement bancaire plus précis

L'emprunteur est souvent mal informé ; à titre d'exemple, il reste des zones d'ombre sur les éléments de calcul du taux effectif global (TEG). Si certains frais ne posent pas de difficultés (frais d'actes, honoraires de constitutions de garantie, de conseil), la prise en compte d'autres coûts apparaît moins claire. Il en est de même, lorsque le prêteur met pour condition à l'octroi du crédit la souscription d'une assurance incendie de l'immeuble à financer. La question qui se pose est de savoir si l'assurance est un coût à prendre en considération pour le calcul du TEG ? Les notaires souhaitent que le contenu ainsi que le mode de calcul du TEG soient précisés.

Un droit simplifié

Les notaires souhaitent simplifier la réglementation relative au financement des entreprises. A titre d'exemple, concernant un crédit bail, c'est au crédit-bailleur (établissement bancaire) qu'il appartient d'apporter tous les éléments relatifs aux contrôles techniques au moment de la levée de l'option. Les notaires s'emploient à faire supprimer cette formalité qui place les cocontractants dans un rapport vendeur-acheteur et non pas prêteur-emprunteur.

Par ailleurs, le statut de l'EIRL qui est entré en vigueur en janvier 2011, prévoit que l'entrepreneur puisse disposer d'une pluralité de patrimoines (professionnel-personnel) tout à fait indépendants. Cependant, les notaires souhaiteraient clarifier l'étanchéité réelle des patrimoines de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. La loi ne précise pas par exemple, si un créancier personnel peut demander à un entrepreneur une garantie sur son patrimoine professionnel. C'est sur ce point de droit que les notaires souhaitent obtenir plus d'indications.

DG



www.ponsard-dumas.com

Votre robe à la mesure de votre talent

PARIS 12° - 67 rue de Charenton (à 2 pas de l'École d'Avocat)
Tél. : 01.55.78.06.65

84 rue d'Hauteville (près du Musée Baccarat) - PARIS 10
Tél. : 01.40.22.91.96



Romain Carayol

Et pourquoi pas une directive européenne pour fixer le droit à l'avocat dans les procédures pénales ?

Le 18 mai dernier, Romain Carayol, président de la Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats (FNUJA), a adressé une lettre au président de la Commission européenne, José-Manuel Barroso, dans laquelle il appelle à l'adoption d'une directive européenne sur le droit à l'avocat dans les procédures pénales.

Une avancée nationale encore insatisfaisante

Romain Carayol attire l'attention de José-Manuel Barroso sur le fait que la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, fixe des modalités d'exercice des droits de la défense en deçà des principes fixés par la Cour européenne. En effet, qu'« alors que la CEDH consacre le droit à l'assistance d'un avocat, c'est-à-dire avec accès au dossier de la procédure, la loi française ne prévoit que la présence de l'avocat sans accès au dossier. De même la loi nouvelle prévoit une multitude de dérogations permettant de retarder l'intervention de l'avocat quand la Cour de Strasbourg ne vise que l'hypothèse

de « raisons impérieuses » tout en précisant que, dans cette hypothèse, les déclarations incriminantes du gardé à vue prononcées lors d'un interrogatoire subi sans assistance possible d'un avocat ne peuvent être utilisées pour fonder une condamnation ».

La nécessité d'une harmonisation européenne

Le président de la FNUJA rappelle qu'au cours de l'assemblée générale extraordinaire du Conseil National des Barreaux qui s'est déroulée le 15 octobre dernier, Viviane Reding, vice-présidente de la Commission européenne chargée de la Justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté, avait annoncé sa volonté

d'élaborer une proposition de norme relative au droit à l'avocat dans les procédures pénales qui serait calquée sur les principes de la jurisprudence de la CEDH.

Par ailleurs, selon Romain Carayol, il y a tant d'interprétation du droit à un procès équitable, qu'il serait pertinent de garantir à chaque citoyen un socle de droits identiques à l'échelon communautaire. Pour le président de la FNUJA, la Commission européenne doit « se saisir de cette problématique fondamentale qui s'inscrit dans la construction d'un espace judiciaire commun ».

DG

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Annonces Légales et Formalités

8, rue Saint Augustin, 75080 Paris cedex 02
tél. : 01 47 03 10 10 - fax : 01 47 03 99 00 - web : www.jss.fr

Directrice Générale : Myriam DE MONTIS



DOSSIER LA GOUVERNANCE DES SOCIÉTÉS NON COTÉES

La question de la gouvernance n'est pas réservée qu'aux seules sociétés cotées. Elle s'inscrit plus largement dans le paysage juridique des sociétés avec ses sources d'interrogations liées à des intérêts multiples : intérêt social, droits des actionnaires et des dirigeants, sort des salariés, des membres d'une famille en crise, ouverture d'une procédure collective, admission ou non d'administrateurs indépendants dans les conseils.

10 Propos introductifs

Jean-Marc Moulin, Maître de conférences,
Université de Caen Basse Normandie
Directeur scientifique du dossier

11 La gouvernance des sociétés non cotées et les minoritaires

Jean-Marc Moulin, Maître de conférences,
Université de Caen Basse Normandie

23 Gouvernance des sociétés non cotées : gouvernance et rémunérations

Carine Demonio, Senior Manager, KPMG Audit

26 Indépendance et gouvernance dans une société non cotée, le courage d'être différent

Denis Kibler, Président d'APIA

31 Gouvernance des sociétés non cotées et garanties

Bruno Dondero, Agrégé des Facultés de droit,
Professeur à l'Université de Picardie – Jules Verne

33 Gouvernance et Capital-Investissement

Carole Tétrel, Juriste, Natixis Private Equity
Emmanuelle Pierret, Directeur de Participations,
Naxicap Partners

43 Gouvernance des entreprises familiales et conflits entre actionnaires

Jean-Pascal Mathieu, Gérant, Daxxi

49 Gouvernance et disparition du dirigeant- actionnaire dans les sociétés non cotées

Marceau Clermon,
Alexandre Navaud,
Notaires, Office patrimonial - Clermon

61 Les salariés et la gouvernance des sociétés non cotées

Gilles Auzero, Professeur,
Université Montesquieu-Bordeaux IV

66 Gouvernance et procédures collectives

Corinne Regnaut-Moutier, Professeur,
Faculté de Droit de Caen
Jocelyne Vallansan, Professeur détachée à la Cour
d'appel de Caen

Propos introductifs

Jean-Marc Moulin,
Maître de conférences,
Université de Caen Basse Normandie
Directeur scientifique du dossier

1) V., OCDE, « Principes de gouvernance d'entreprise », 2004, Préambule, p. 12 et p. 21, qui se prononce sur la nécessaire prise en compte de l'ensemble des parties prenantes de la société.

2) V., rapport Viénot I de 1995, qui définissait l'intérêt social comme « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs, de ses clients, mais qui correspond à leur intérêt général commun qui est d'assurer la prospérité de l'entreprise ».

3) V., rapport AFEP-MEDEF, p. 8, qui vise l'intérêt de l'entreprise sans en donner la moindre définition.

4) J. Paillusseau, « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise », th. Rennes 1967 ; M. Despax, « L'entreprise et le droit » : LGDJ 1957 ; C. Champaud, « Contribution à la définition économique du droit » : D. 1967, 1, chron. p. 24.

5) D. Schmidt, « Les droits de la minorité dans la société anonyme » : th. 1970, Sirey ; « De l'intérêt commun des associés » : JCP E 1994, I, 404 ; « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme » : éd. Joly 1999 ; Ph. Bissara, « L'intérêt social » : Rev. sociétés 1999, vol. 5.

6) J.-M. Moulin, « Le principe d'égalité dans la société anonyme » : *Transactive* 2001.

7) V., Cass. com., 18 juin 2002, aff. L'Amy : JCP G 2002, II, 1556, obs. A. Viandier, pour lequel « l'opération litigieuse (un coup d'accordéon), effectuée afin de préserver la pérennité de l'entreprise et en cela conforme à l'intérêt social, n'avait cependant pas nui à l'intérêt des actionnaires, fussent-ils minoritaires ».

Le thème de la gouvernance des sociétés est entré dans le paysage juridique français il y a une vingtaine d'années à présent pour y prendre une place très importante et en constante croissance. Cette doctrine, qui se propose d'améliorer les modes de fonctionnement internes de la société (pouvoirs/prise de décision/contrôles/sanctions) afin d'en améliorer la performance et, partant, celle de l'économie dans son ensemble, trouve essentiellement, pour ne pas dire quasi exclusivement, à s'appliquer dans le monde ultra minoritaire des sociétés cotées. Serait-ce à dire que la question de l'amélioration de la gouvernance des sociétés non cotées ne se pose pas ? Il n'en est rien et, à l'instar de leurs homologues dont les titres de capital sont admis à la négociation sur un marché réglementé, les sociétés non cotées font aussi face, dans leur quotidien, à des interrogations, des challenges qui ressortissent de la problématique de la gouvernance d'entreprise. C'est ce que nous vous proposons de (re)-découvrir à travers ce dossier. Certes, il n'existe pas une correspondance exacte, une similitude parfaite entre tous les aspects de la gouvernance des sociétés cotées et ceux des sociétés non cotées : si de nombreux sont communs d'autres diffèrent à raison précisément de l'absence d'offre au public de titres financiers. Il reste, au-delà, que se dessine en creux, à travers l'examen des problèmes soulevés en matière de gouvernance par les droits des minoritaires, le sort des salariés, ceux des membres d'une famille en crise, la disparition du dirigeant, l'entrée d'investisseurs professionnels dans le capital social, l'ouverture d'une procédure collective, l'admission ou non d'administrateurs indépendants dans les conseils, la rémunération des dirigeants, l'octroi de garanties par ces derniers, la question, l'éternelle et centrale question de l'intérêt social que cherche aussi à servir l'amélioration de la gouvernance de l'entreprise. Les recherches menées en matière de gouvernance d'entreprise replacent sur le devant de la scène la définition de cet intérêt. Si certaines organisations internationales (1) et même patronales (2) avant de revenir à moins d'ambition (3), ont pu privilégier, dans le sillage de l'Ecole de Rennes (4), une approche de l'intérêt social relativement syncrétique qui se fonde dans l'intérêt de l'entreprise, un autre courant privilégie au contraire une approche plus restrictive de ce même

intérêt qui épouse totalement et exclusivement celui des seuls apporteurs de capitaux (5). A l'examen, une troisième voie, médiane, peut être explorée qui voit dans l'intérêt social « l'intérêt des catégories de personnes qui sont liées à la société au regard de son actif social en tant qu'il est le support de la valeur (de l'effectivité) des droits de ces personnes (6) ». Dès lors, la préservation et la sauvegarde de l'intérêt social implique d'assurer la pérennité (7) voire la prospérité de la société afin que toutes les personnes liées économiquement à celle-ci, en vertu de contrats de nature différentes, voient leurs droits garantis et remplis. Mais, au nom de l'efficacité économique, le législateur a confié la poursuite, la mise en œuvre de la politique satisfaisant l'intérêt social, et non pas la définition de son contenu ni même de son périmètre, à une seule des catégories intéressées : aux apporteurs de capitaux et, plus précisément, en raison de l'élection de la loi de la majorité, à la majorité d'entre eux. Aussi, dès lors que cette majorité, poursuit, met en œuvre une politique économique qui satisfait l'intérêt social, c'est-à-dire qui garantit à tout le moins la pérennité de la société et, au mieux, sa prospérité, le monopole de cette conduite est incontestable et ne saurait être contesté, fût-ce par les apporteurs minoritaires de capital au risque pour ces derniers de commettre un abus de minorité. Tout se passe donc comme si les détenteurs du contrôle capitalistique étaient les seuls à pouvoir incarner, insuffler la vie à cet intérêt. Il n'en est cependant rien car, dès lors que les majoritaires ne vont plus satisfaire cet objectif que la loi leur abandonne pour le profit de toutes les catégories de personnes qui escomptent un gain, un profit, un salaire, un enrichissement de la relation avec la société alors les autres intérêts, par des voies diverses (droits objectifs ou créations prétoriennes), vont se voir reconnaître le droit de contester cette légitimité violée voire d'y substituer une autre comme en matière de procédure collective où l'on peut aller jusqu'à dessaisir les dirigeants majoritaires de leurs pouvoirs voire les exclure de leurs droits capitalistiques ou en présence d'un abus de majorité où les contrôleurs vont être contraint de se déjuger. Examinons à présent l'état de la gouvernance des sociétés non cotées.

La gouvernance des sociétés non cotées et les minoritaires

Jean-Marc Moulin,
Maître de conférences,
Université de Caen Basse Normandie

Si la question des droits des associés minoritaires est au cœur de la législation spécifique qui s'applique aux sociétés qui font admettre leurs titres de capital à la négociation sur un marché réglementé sur lequel se retrouvent les sociétés cotées qui constituent le terreau de la réflexion en matière de gouvernance des sociétés, cette même question est beaucoup plus discrète s'agissant des associés minoritaires des sociétés non cotées. Serait-ce à dire que pour ces derniers le concept de gouvernance serait une sorte de chimère, un mythe des cavernes qui ne trouverait aucune traduction pratique ? Il est vrai que la doctrine de la gouvernance des sociétés s'est développée à la suite de travaux examinant les structures managériales dans les sociétés cotées (1). Dans celles-ci une opposition a pu être mise en lumière entre, d'une part, les possesseurs du capital social et, d'autre part, les managers non associés à qui les associés ont transmis les pouvoirs nécessaires à la conduite des affaires sociales (2). En effet, il est apparu qu'une dissociation pouvait s'opérer dans le temps entre les intérêts des managers et ceux des propriétaires du capital social au point que ceux-ci doivent renoncer à une partie du rendement de leur capital investi pour, à la fois, rémunérer les managers de telle sorte que ces derniers voient leur intérêt patrimonial aligné sur celui des fournisseurs de capital social (attribution d'une partie du capital social) et, d'autre part, en supportant le coût occasionné par le développement des mécanismes tendant à contrôler l'action des managers (3). Aussi, ne devrait-on pas en conclure que la question de la gouvernance des sociétés ainsi présentée à grands traits ne saurait trouver à se poser lorsque la société est dirigée et gérée par les détenteurs du capital social eux-mêmes ou de sa fraction majoritaire ? Il est vrai que l'adhésion au pacte sociétaire est normalement dominé par la recherche d'un intérêt commun. Ce dont dispose l'article 1833 du Code civil lorsqu'il place la constitution de toute société sous l'égide de « l'intérêt commun des associés ». Dès lors, dans les sociétés où la direction sociale revient à des apporteurs de capital social, l'intérêt commun qui les unit aux associés qui ne participent pas à la conduite des affaires sociales devrait être suffisant pour garantir la préservation des droits des

minoritaires et la bonne gouvernance de la société. Leurs intérêts sont en effet normalement les mêmes, se trouvent alignés pour reprendre la terminologie propre à la gouvernance des sociétés, et se fondent dans la poursuite de la pérennité et le développement de la société permettant de garantir à la fois la viabilité, la préservation du capital originellement investi et son rendement qui est normalement le même pour tous les associés (4). De surcroît, eu égard à cette communauté d'intérêt, le danger de voir les titulaires des pouvoirs de gestion et de direction de la société exercer ces derniers dans un sens contraire aux intérêts d'une fraction des associés ou encore dans un sens contraire à l'intérêt social semble, *prima facie*, relever de l'hypothèse d'école. Mais, la réalité des sociétés est moins empreinte d'angélisme et il n'est pas rare de constater de nombreuses divergences d'intérêts au sein des sociétés non cotées, même comptant peu d'associés, voire, ce qui est peut être pire, une négation des intérêts des associés minoritaires de la part des associés majoritaires détenant les pouvoirs d'administration, de gestion et de représentation de la société. Les actions en dissolution judiciaire pour mésentente entre associés ne sont pas si rares, comme peuvent se trouver paralyser des sociétés aux participations égalitaires ou se déchirer la deuxième ou troisième génération familiale entre les mains de laquelle échoient des titres de capital au gré des successions et donations (5). Aussi, est-il apparu légitime de protéger les associés minoritaires qui peuvent nourrir la crainte fondée que les associés disposant du contrôle, ou leurs représentants, ne tirent profit de leur position privilégiée dans la société pour conduire une politique sociétaire qui réponde avant tout aux intérêts personnels des contrôleurs sans égards pour l'intérêt collectif des associés au nombre desquels figurent les minoritaires. Aussi, le doute sur une éventuelle incompatibilité entre la réflexion sur la gouvernance, et surtout la bonne gouvernance, des sociétés non cotées et les droits des associés minoritaires doit être immédiatement dissipé. Les sociétés non cotées peuvent être le lit dans lequel naissent de potentiels divergences voire conflits d'intérêts entre l'ensemble des apporteurs de capitaux qui, bien que muent par une même volonté, celle de partager le profit qui

1) Parmi une abondante littérature, A. Berle et G. Means, « *The modern corporation and the private property* » : New York, 1932 ; C. Jensen et W.H. Meckling, « *Theory of the firm : management behavior, agency costs and capital structure* » : *Journal of finance and economic*, 1976, vol. 3.

2) La même réflexion pourrait être conduite s'agissant des sociétés non cotées dans lesquelles la direction est confiée non pas à l'associé majoritaire ou principal mais à un tiers lorsque la loi l'autorise. La problématique et les manifestations de la déviance potentielle du manager sont alors indifférentes au fait que la société soit ou non cotée.

3) M. Jensen, « *Agency costs of free cash flow, corporate finance and takeovers* » : *American Economic Review*, 1986, 76 (2) ; E. Fama, « *Separation of ownership and control* » : *Journal of political economic*, 1980, vol. 80, n° 2.

4) C. civ., art. 1844-1 : « *La part de chaque associé dans les bénéfices (...) se détermine(nt) à proportion de sa part dans le capital social...* ».

5) V., la contribution de M. J.-P. Mahieu.

6) V., C. civ., art. 1832.

7) V., sur cette question, les ouvrages majeurs de M. Dominique Schmidt, « *Les droits de la minorité dans la société anonyme* », 1970 et « *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », *Joly édition*, 1999.

8) Préambule, p. 12.

Gouvernance des sociétés non cotées : gouvernance et rémunérations

Carine Demonio,
Senior Manager,
KPMG Audit

Approcher par voie statistique la rémunération des dirigeants « associés » de leur société non cotée est un exercice difficile car les sociétés non cotées n'ont aucune obligation de publier les rémunérations de leurs dirigeants. Les observations sont donc sujettes à caution, à l'exception de celles publiées par l'INSEE, extraites des déclarations DADS (déclarations des salaires). Les rémunérations sous forme d'actionnariat sont encore plus difficiles à approcher en raison, d'une part, de l'absence d'éléments statistiques, et d'autre part, en raison de l'absence de marché, de prix de référence et de publicité des opérations de cessions.

Aux termes d'une étude réalisée par l'INSEE en 2007 sur la base des déclarations 2005, le PDG d'une société anonyme employant au moins 50 salariés a perçu en 2005 un salaire annuel net de 127 400 €. Les 10 % les mieux rémunérés ont des salaires près de 5 fois supérieurs aux 10 % les moins bien rétribués. Les principaux déterminants mesurables du salaire d'un PDG étant liés au positionnement de l'entreprise (indépendance, société mère d'un groupe, filiale), à sa taille ou à son secteur d'activité.

L'Argus des salaires réalisé en 2010 par le magazine Challenges révèle que la rémunération moyenne d'un PDG de PME ressort à 151 000 € / an.

Enfin une étude ATH sur la rémunération moyenne 2009 des dirigeants des sociétés cotées de petite taille donne des éléments intéressants sur la décomposition des rémunérations qui seraient composées à 65 % d'une partie fixe, 18 % d'une partie variable, 1 % d'avantages en nature, 6 % d'éléments exceptionnels et de jetons de présence, et 10 % liés à l'actionnariat (stocks options et actions gratuites).

Les études concernant les dividendes sont encore moins nombreuses et moins pertinentes, d'autant que la politique de distribution de dividendes par les PME n'est pas forcément linéaire selon les années. L'INSEE indique simplement qu'en 2006, 16,4 % des entreprises de moins de 250 salariés ont distribué des dividendes, 30,6 % pour les entreprises de 250 à 5000 salariés et 41 % pour les grandes entreprises de plus de 5000 salariés.

Au-delà des éléments statistiques, plusieurs constats s'imposent. Tout d'abord le patrimoine des dirigeants associés propriétaires de leur entreprise est essentiellement composé de leur entreprise, la rémunération de l'activité ou même l'actionnariat sous forme de dividendes ne permet pas, compte tenu de la fiscalité, de constituer un patrimoine privé qui ne pourrait se réaliser qu'à partir de la cession totale ou partielle de l'entreprise.

Dirigeant « de droit divin », le dirigeant de PME peut-il pour autant faire comme si sa rémunération ne s'intégrait pas dans le management de l'entreprise ? Certaines rémunérations forcément collectives doivent être attribuées à l'ensemble des salariés, la politique de dividendes peut influencer sur la structure financière. La réponse à cette question est donc partiellement négative. Pour la suite, deux types de rémunérations seront distinguées : la rémunération « cash » et la rémunération différée.

I. La rémunération « cash » du dirigeant

Lorsqu'il s'agit de déterminer quel est le besoin de liquidités dont a besoin un dirigeant, il est habituel de se référer à ses besoins de train de vie. Il conviendra aussi de ne pas négliger la constitution éventuelle d'un patrimoine personnel à l'abri des aléas des risques de l'entreprise.

Les possibilités d'organiser la perception de liquidités sont multiples, qu'il s'agisse de la rémunération du travail effectué (participation, intéressement, salaire) de la perception des dividendes, ou encore de la réalisation de plus-values lors de la cession d'actions de l'entreprise dans laquelle le dirigeant est aussi associé.

L'arbitrage entre les modes traditionnels de rémunération du travail et les dividendes permettra en général de financer les besoins de train de vie, la cession d'actions organisant la constitution d'un patrimoine privé.

A. Le financement des besoins courants (train de vie)

Le dirigeant dispose des mêmes possibilités que l'ensemble des autres salariés.

1. L'avantage en nature

L'avantage en nature consiste en la mise à disposition d'un bien ou d'un service permettant à l'intéressé de faire une économie de frais qu'il aurait normalement dû supporter. Il s'agit généralement de la mise à disposition d'un logement, d'un véhicule, d'un actif lié aux nouvelles technologies de l'information ou encore de la prise en charge de certaines cotisations sociales pour la garantie des chefs d'entreprise.

Ces avantages en nature, alloués en contrepartie de l'activité déployée par l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions ont, tant sur le plan social que fiscal, le caractère d'un supplément de rémunération soumis au même régime que les autres éléments de la dite rémunération, étant entendu que des règles spécifiques d'évaluation de ces avantages sont prévues selon leur nature et la qualité de leur bénéficiaire.

2. La participation et l'intéressement

Ces mécanismes traditionnels dans le paysage social de la France (instauration en 1959 pour l'intéressement et 1967 pour la participation) ont pour objectif de motiver les salariés de l'entreprise et de s'assurer de leur contribution à la réussite optimale de l'entreprise. Depuis 2008, le législateur a ouvert le bénéfice de ces deux dispositifs aux dirigeants d'entreprises. S'agissant de la participation, sont concernées les entreprises de moins de 50 salariés appliquant volontairement la participation et celles ayant un effectif inférieur à 250 salariés qui ont mis en place un accord dérogatoire. Concernant l'intéressement, sont visées les entreprises de moins de 250 salariés.

Indépendance et gouvernance dans une société non cotée, le courage d'être différent

Denis Kibler,
Président d'APIA

« Vous vous dites indépendant, mais en vérité vous représentez les intérêts de qui vous a fait venir dans ce conseil !... En l'occurrence votre indépendance n'est qu'une façade!... » Ce sera rarement aussi direct, mais ce type de commentaire, l'administrateur « indépendant » doit s'attendre à y répondre tôt ou tard, et ceci, d'autant plus s'il n'exerce pas son mandat au sein du conseil d'un groupe du CAC40 ou du SBF250 mais dans celui d'une entreprise moyenne non cotée où l'on ne mâche ses mots.

APIA, Administrateurs Professionnels Indépendants Associés, regroupe des dirigeants de structures moyennes exerçant par ailleurs les fonctions d'administrateur dans ce type d'entreprise. L'association veut promouvoir une ressource, peu reconnue et encore trop rare dans les PME et perfectionner les pratiques de chacun dans l'exercice de ses mandats. Pour réaliser ces objectifs, le partage et l'analyse d'expériences vécues par les membres constituent les outils essentiels tant vers l'extérieur qu'au sein de l'association.

La présente contribution au Journal des Sociétés s'inscrit parfaitement dans le premier objectif et nous utiliserons donc, dans le développement qui va suivre, des exemples du vécu échangés dans nos groupes de travail et d'auto formation.

Depuis notre origine nous militons pour une gouvernance professionnelle de l'entreprise moyenne, le I qui figure dans le nom de l'association est bien là pour indépendant : **que recouvre cet adjectif dans nos valeurs et nos pratiques?**

Selon la loi, un administrateur est, *par nature*, indépendant, car il représente l'ensemble des actionnaires et non seulement une catégorie d'entre eux. Singulièrement, cette qualité suppose un certain nombre de conditions qui sont très rarement exposées. En effet devant veiller à la sécurité de l'exploitation et à sa pérennité, mais surtout pas à la mise en œuvre d'une stratégie favorable à telle ou telle partie prenante, l'administrateur doit asseoir son indépendance sur un socle de compétence et de liberté dont la définition demeure délicate et de toutes façons adaptable à chaque cas.

Pour évidente qu'elle soit dans les termes de la loi, cette qualité d'indépendance ne l'est absolument pas dans la pratique. Ceci explique les efforts déployés, depuis des années, pour donner de la substance au qualificatif (Rapports Vienot puis Bouton et travaux de l'IFA). Malgré cela, le terme est toujours galvaudé, régulièrement interpellé voire mis en question. Ainsi rappelons les déclarations d'Alain Minc début 2007, sur les administrateurs indépendants « alibi », ou la réaction de René Ricol, invité vedette du Rendez Vous APIA fin 2009, qui y affirma haut et clair que le terme ne lui convenait pas.

Ces réactions sont légitimes en effet :

- Quelqu'un, souvent parmi les actionnaires ou les dirigeants opérationnels est à l'origine du choix de l'administrateur, lequel peut se sentir redevable envers qui l'a choisi. De plus, au fil

du mandat, des liens personnels peuvent se tisser entre notre administrateur et les dirigeants ou actionnaires.

- La rémunération perçue par l'administrateur peut naturellement constituer un rapport de dépendance.

Pour parer toute polémique, certains proposent maintenant d'autres qualificatifs, qu'ils estiment moins ambigus, tels que « administrateurs externes » ou « administrateurs professionnels ».

Claude Bébéar lui-même, interrogé à ce propos, déclare nettement qu'un administrateur n'est jamais indépendant. A ce stade, devant les positions très convergentes sur ce sujet d'hommes aussi illustres que compétents, il convient déjà de distinguer la grande entreprise, et même simplement l'entreprise cotée, de l'entreprise moyenne non cotée et indépendante dans la fourchette des 5 à 500 millions € de CA qui constitue un levier vital de notre économie, soit 20 000 entreprises environ pour 30 % du PIB.

Ces organisations ouvrent en effet leurs organes de gouvernance à l'administrateur indépendant pour des raisons bien différentes de celles des entreprises cotées. *A priori* réticent pour des raisons récurrentes qui tiennent au coût du mandat, à son emploi du temps, à un sens aigu de la confidentialité mais aussi à la perception que cela concerne uniquement les grandes entreprises, leur dirigeant, quand il se tourne vers un administrateur indépendant, le fait pour six raisons que nous avons identifiées et qui tiennent autant à l'essor qu'à la pérennité de l'entreprise.

- Il recherche une vision différente, nourrie d'autres expériences que la sienne.

- Il exprime la volonté « contre nature » d'être remis en cause dans ses habitudes et le désir d'être « *challengé* » sur sa stratégie et hors de toute hiérarchie.

- Il ressent le besoin d'une forme de rigueur qui fait souvent défaut dans les PME tant pour l'organisation que pour le suivi des conseils d'administration.

- Il prend cette occasion pour combler des lacunes qu'il connaît en recherchant des talents dans tel ou tel domaine particulier.

- Il aspire au confort d'une forme d'apaisement dans les débats, car très souvent il est, dans le conseil, entouré de membres de sa famille.

- Enfin, il veut rompre une solitude pesante.

Les sociétés cotées, principalement les grandes n'ouvrent pas leurs conseils pour les mêmes raisons. Dans cette population, c'est la nécessité réglementaire et l'image qui sont les moteurs essentiels même si jamais ils ne sont mis en avant.

En effet la vision stratégique y est structurellement discutée et les talents nécessaires présents dans tous les quadrants de l'organisation. De surcroît la forme et donc la rigueur y sont

Gouvernance des sociétés non cotées et garanties

Bruno Dondero,
Agrégé des Facultés de droit,
Professeur à l'Université de Picardie – Jules Verne

Des garanties sont fréquemment exigées en pratique des dirigeants par les créanciers sociaux (1), au point qu'il est devenu banal d'en déduire que la responsabilité limitée était finalement illusoire dans les petites sociétés, particulièrement lorsqu'elles sont unipersonnelles. Ces garanties que le dirigeant social est amené à donner au bénéfice de la société qu'il dirige sont généralement appréhendées du point de vue du droit des sûretés. Sont ainsi surtout posées des questions relatives à la formation de ces garanties et à leur exécution, le législateur ayant d'ailleurs pris en compte le fait que les garants personnes physiques étaient souvent des dirigeants sociaux, pour rendre plus attractif le régime du redressement judiciaire et surtout celui de la sauvegarde (2). Le dirigeant garant est donc surtout appréhendé dans sa fonction de garant, plus que dans sa fonction de dirigeant, éventuellement impactée par la garantie consentie.

Pourtant, le lien entre la gouvernance des sociétés non cotées et les garanties qui peuvent être demandées à leurs dirigeants n'est pas à négliger. L'interrogation qu'il faut ici formuler est double. Il faut tout d'abord se demander dans quelle mesure la gouvernance peut être à l'origine de garanties souscrites par les dirigeants (I) ; il faudra ensuite s'interroger sur le point de savoir si les garanties, lorsqu'elles ont été données, sont ou non le gage d'une bonne gouvernance (II).

I. La gouvernance à l'origine des garanties

Dans un premier mouvement, il faut s'interroger sur la possibilité que la bonne gouvernance amène le dirigeant à se porter garant des engagements de sa société.

A. Une question rarement posée

La question se pose peu pour les sociétés cotées, sans doute du fait de la disproportion entre le patrimoine des dirigeants, à l'exception des personnes morales, et l'étendue des engagements que peut souscrire une telle société. Si l'on peut demander au dirigeant d'une société cotée de tout mettre en œuvre pour que la société soit gérée conformément aux intérêts des actionnaires, et de respecter la transparence qui permettra aux investisseurs de prendre leurs décisions (acquisition, maintien, cession) en connaissance

de cause, il est irréaliste (sauf à introduire une gouvernance d'entreprise spécifique au dirigeant personne morale) et de ce fait peu pratiqué d'exiger du dirigeant des garanties au sens patrimonial du terme. Le champ du gouvernement d'entreprise n'est en tous les cas pas celui des garanties qui pourraient être demandées aux dirigeants sociaux (3).

Pour les sociétés non cotées, il est en pratique souvent exigé des créanciers que les dirigeants sociaux fournissent des garanties, plus particulièrement des sûretés personnelles sous la forme d'un cautionnement garantissant l'exécution d'un ou plusieurs engagements sociaux, voire de la totalité des engagements contractés envers un créancier déterminé (cautionnement *omnibus*). Cette pratique a pour conséquence d'impliquer davantage le dirigeant dans les affaires sociales, puisque son patrimoine personnel se trouvera affecté, même si de manière simplement médiata, par l'évolution des affaires sociales. Que la société connaisse des difficultés, et c'est le patrimoine du dirigeant qui sera la cible des créanciers sociaux insatisfaits.

La question doit être posée : est-ce une mesure de bonne gouvernance que le dirigeant social engage son patrimoine aux côtés du patrimoine social ? Sans répondre à ce stade à la question de l'impact de cet engagement sur la gouvernance de l'entreprise (v. *infra*, II), il est à se demander si une bonne gouvernance recommande que les dirigeants se livrent à un tel sacrifice personnel.

B. Une manière d'impliquer davantage les dirigeants

Disons que ce n'est pas, à notre connaissance, une pratique recommandée au niveau de la gouvernance de la société que d'exiger des garanties personnelles de ses dirigeants, au sens où il est rarement recommandé à des acteurs du droit des affaires d'accroître plus que de nécessaire leur exposition patrimoniale au risque. Le développement de l'EIRL illustre d'ailleurs cette tendance (4). On en est au point où les personnes physiques elles-mêmes peuvent réduire le gage de leurs créanciers, en fonction de l'origine de leur créance, en partageant leur patrimoine et en « rangeant » leurs différents créanciers dans l'un ou l'autre de leurs patrimoines.

1) Sur ces garanties, v. not. R. Roblot, Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants, *Mél. J. Derruppé, Joly – Litec*, 1991, p. 343 ; B. Bouloc, Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société, *Rev. Sociétés* 1992, p. 1.

2) V. not. art. L. 622-28 C. com.

3) Rapp. Ph. Bissara, R. Foy et A. de Vauplane, Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées, *Joly – ANSA*, 2007, p. 6 : « *Le champ couvert par le mouvement de la corporate governance est celui des relations entre la société cotée, dont les organes dirigeants sont des mandataires, et les apporteurs de capitaux sur le marché boursier* ».

4) Loi n° 2010-1512 du 15 juin 2010.

Gouvernance et Capital-Investissement

Carole Tétrel,
Juriste,
Natixis Private Equity

Emmanuelle Pierret,
Directeur de Participations,
Naxicap Partners

En quoi l'entrée d'un capital investisseur dans le capital d'une société non cotée va impacter la méthode de gestion de la société.

L'entrée d'un capital investisseur (1) au capital d'une PME va venir profondément modifier les règles de gouvernance de l'entreprise. Quelle relation va se mettre en place entre le dirigeant et le capital investisseur ? Quels sont les outils juridiques à disposition du capital investisseur pour participer à la gouvernance d'entreprise ? Sa présence au sein des organes de direction est-elle bénéfique à la performance de l'entreprise ? Autant de questions auxquelles nous tenterons de répondre au sein de cet article.

Les principes de gouvernance visent de manière générale à régir les relations entre dirigeants, organes sociaux et actionnaires de l'entreprise : les derniers incitant les premiers à poursuivre les objectifs conformes à l'intérêt social et à celui des actionnaires. L'intérêt de l'investisseur est de protéger l'investissement qu'il a réalisé. Il y parviendra entre autre en impactant la gouvernance de la société dans laquelle il investit.

En préambule, il nous semble important de mettre en relief les objectifs du capital investisseur, les critères qui le mènent à investir dans une entreprise plutôt qu'une autre, ceux-ci venant dicter le rôle que va venir jouer celui-ci dans la gouvernance d'entreprise.

Le capital investisseur intervient au capital des entreprises sur une période limitée dans le temps (en général 4 à 7 ans) avec pour objectif au terme de sa liquidité, qui peut se concrétiser par une cession totale de l'entreprise ou uniquement de ses propres titres, de réaliser une plus-value représentant un TRI (2) de l'ordre de 15 à 25 % (selon la durée de l'investissement), soit en moyenne une multiplication par deux de son investissement initial. Cette très forte création de valeur est possible grâce à une croissance soutenue du chiffre d'affaires et de la rentabilité de l'entreprise sur la période donnée pour les opérations de Capital Risque et de Capital Développement et à un effet de levier bancaire significatif pour les opérations de type LBO (3).

Si la capacité d'une entreprise à financer ses projets est un préalable à la création de valeur, elle n'est pas suffisante. Le capital investisseur doit se convaincre du plan stratégique de développement construit par le dirigeant et son équipe et de

leur capacité à le mener à bien. La performance financière de l'investissement réalisé est fortement dépendante des compétences et des actions entreprises par l'équipe dirigeante en place.

Dès les premiers contacts pris avec l'équipe dirigeante et avant même la concrétisation de l'opération, c'est un véritable partenariat qui s'instaure entre elle et le capital investisseur. Une confiance mutuelle doit se construire qui sera le prémisses du mode de fonctionnement entre le capital investisseur et l'équipe dirigeante durant la durée de l'investissement. Dans ce cadre, il est important de noter que dans la plupart des cas, ce sont les mêmes investisseurs qui réalisent, suivent et cèdent l'investissement.

Dès lors que l'opération d'investissement est réalisée, le capital investisseur poursuit un objectif : favoriser la création de valeur au sein de l'entreprise. Pour ce faire, il va tenir auprès de l'équipe dirigeante trois rôles majeurs : contrôle, conseil et écoute.

Le contrôle (I) doit permettre au capital investisseur de s'assurer que les actions des dirigeants ainsi que leurs conséquences sur le développement de l'entreprise sont en ligne avec le projet initial. Nous verrons par la suite les outils juridiques mis à disposition du capital investisseur pour effectuer ce contrôle.

Le capital investisseur va avoir un important rôle de conseil d'ordre financier, commercial ou opérationnel (II). Toujours dans une volonté de création de valeur, celui-ci met à disposition de l'équipe dirigeante son expérience nourrie de l'ensemble des investissements réalisés par le passé.

Nous parlions de confiance. Les dirigeants se retrouvent souvent seuls face à eux-mêmes pour prendre certaines décisions qui peuvent totalement changer le devenir d'une entreprise. Pouvoir échanger avec un actionnaire actif à ses côtés portant un regard objectif sur l'entreprise libre de tout affect peut leur permettre de prendre leur décision de manière plus sereine.

Il est important de préciser que chaque opération d'investissement est unique et que les trois rôles du capital investisseur évoqués ci-avant auront une prépondérance plus ou moins forte selon la relation instaurée avec l'équipe dirigeante, la taille de l'entreprise, son niveau de structuration, son stade de développement et la présence ou non d'un

1) Capital Investissement (Private Equity)

Prise de participation en capital dans des entreprises généralement non cotées. Le Capital Investissement est un soutien fondamental de l'entreprise non cotée tout au long de son existence. Il finance le démarrage (Capital Risque), le développement (Capital Développement), la transmission ou l'acquisition (LBO/Capital Retournement) de cette entreprise.

2) TRI (Taux de Rentabilité Interne)

Taux mesurant la rentabilité annualisée moyenne d'un investissement constitué de flux négatifs (décaissements) et de flux positifs (encaissements). Il est utilisé pour mesurer et suivre l'évolution de la performance des opérations de Capital Investissement.

3) LBO (Leverage Buy Out)

Acquisition d'une entreprise par des investisseurs en capital, associés aux dirigeants de l'entreprise achetée, dans le cadre d'un montage financier comportant une proportion plus ou moins importante d'emprunts et dont le remboursement est prévu par un prélèvement sur les cash-flows futurs.

Gouvernance des entreprises familiales et conflits entre actionnaires

**Jean-Pascal Mathieu,
Gérant,
Daxxi**

Les entreprises familiales ont assez de traits communs pour être regroupées sous cette appellation. Il en existe d'ailleurs plusieurs définitions, ce n'est pas une catégorie juridique appréhendée par la loi. Nous considérerons ici qu'une entreprise est familiale lorsque son capital social est contrôlé par une ou plusieurs familles dont certains membres jouent un rôle dans sa direction, dans l'élaboration de sa stratégie et, plus généralement, dans la conduite de ses affaires. Ajoutons que, même pourvue de ces caractéristiques, l'entreprise ne peut réellement être considérée comme familiale que si sa double appartenance (entreprise et famille) est non seulement présente à l'esprit des actionnaires mais revendiquée par eux et si la transmission de l'entreprise à la génération suivante est une volonté affichée ou, à tout le moins, une hypothèse sérieuse. Ce critère intentionnel, la volonté de transmettre, fait qu'une entreprise patrimoniale, encore dirigée par son créateur, devient une entreprise familiale à part entière. La perspective d'une présence durable de la famille dans l'entreprise donne à celle-ci une dynamique propre. Elle est la source de ses forces comme de ses faiblesses.

Les liens qui unissent les actionnaires d'une entreprise familiale sont pour elle autant d'atouts :

- le plus souvent, ils créent un climat de confiance aussi bien entre les actionnaires qu'entre ceux-ci et les dirigeants ;
- l'ancrage familial suscite aussi la confiance des salariés et des partenaires qui sont rassurés lorsque, au terme d'un long processus, l'entreprise est transmise à une nouvelle génération ;
- les circuits de décision sont, en général, plus courts que dans d'autres entreprises ;
- les dirigeants et salariés familiaux, outre l'intérêt professionnel qu'ils portent à l'entreprise, ont aussi pour elle un intérêt patrimonial et affectif qui leur procure une motivation supplémentaire ;
- les actionnaires qui tiennent l'entreprise de leurs prédécesseurs ont le souci de rendre des comptes et de transmettre un jour, à leur tour, une entreprise plus florissante encore ;
- leur capacité à raisonner à long terme et leur souci d'une gestion prudente leur donnent des armes pour mieux résister à une conjoncture difficile, situation si fréquente désormais qu'on se demande si le mot « conjoncture » a encore un sens.

Ces atouts ne sont pourtant pas de trop face aux difficultés auxquelles ces entreprises sont confrontées. Car si les entreprises familiales sont, à certains égards, plus performantes que les autres, elles sont aussi fragiles. Comme dans toute entreprise, des intérêts contradictoires peuvent s'opposer : majoritaires et minoritaires, dirigeants et simples actionnaires. Mais ces oppositions prennent ici une tournure particulière car chaque acteur de l'entreprise familiale appartient à plusieurs cercles, ce qui le place en position de conflit d'intérêt. La présence, dans un même creuset, de deux structures sociales aussi différentes que l'entreprise et la famille rend la situation délicate. Aussi est-il fréquent qu'un différend lié à l'entreprise dégénère en

conflit familial et réciproquement. Sans pour autant finir devant les tribunaux, situation heureusement assez rare dans les entreprises familiales en raison de ses effets dévastateurs et de la répugnance naturelle qu'éprouvent les membres d'une même famille à s'assigner en justice, ces conflits n'en sont pas moins dangereux pour l'entreprise. Au point, parfois, de lui être fatals ou de lui faire quitter le giron familial.

Compte tenu de la place essentielle qu'occupent les entreprises familiales dans l'économie, notamment en termes d'emploi, et de l'enjeu patrimonial et affectif qu'elles représentent pour leurs actionnaires, toute mesure susceptible de prévenir ou de résoudre un conflit doit être prise. La mise en place d'une véritable gouvernance en est une. A condition d'adapter cette gouvernance aux types de conflits que ces entreprises peuvent connaître et de ne pas la cantonner à un simple rôle de contrôle des dirigeants par les actionnaires mais de lui assigner une mission à la fois plus large et plus constructive, tant pendant sa phase d'élaboration que lors de son application.

I. Les entreprises familiales sont confrontées à des risques de conflits qui leur sont propres

Avant de mettre en place une gouvernance, il faut recenser et analyser les facteurs de dissensions ainsi que les rapports de force entre actionnaires. Outre les causes qui peuvent concerner toutes les entreprises, tels les désaccords stratégiques, on trouve fréquemment certains motifs de discorde dans les entreprises familiales. Ils naissent le plus souvent de conflits d'intérêt auxquels sont soumis les actionnaires et dirigeants du fait de la coexistence de plusieurs systèmes de valeurs.

Ce travail préalable d'analyse est d'autant plus important que, quel que soit le sujet de divergence, la dimension familiale de l'entreprise est une caisse de résonance. Elle rend la discorde plus profonde et plus complexe, elle amplifie ses conséquences. C'est une chose d'être en désaccord avec un associé, c'en est une autre de se quereller avec sa famille. C'est d'ailleurs un ressort sur lequel jouent parfois certains membres de l'entreprise familiale. Un actionnaire minoritaire insatisfait qui s'estime insuffisamment protégé par la loi peut utiliser sciemment le levier du lien familial pour essayer d'obtenir satisfaction. Le conflit résulte aussi parfois de contentieux anciens entre actionnaires, entre générations ou entre branches d'actionnaires. Qu'ils soient de nature personnelle, patrimoniale ou professionnelle, ils doivent, à défaut d'être résolus, être mis en lumière afin d'en limiter les effets négatifs.

A. Les actionnaires et dirigeants sont soumis à des conflits d'intérêts

Actionnaire, propriétaire, dirigeant, créancier, fils, époux, père, frère... un même acteur de l'entreprise familiale a plusieurs facettes. Lorsqu'il prend position sur un sujet, est-il animé par

Gouvernance et disparition du dirigeant-actionnaire dans les sociétés non cotées

Marceau Clermon,
Alexandre Navaud,
Notaires,
Office patrimonial - Clermon

Le problème des uns peut s'avérer rapidement devenir celui des autres.

L'incapacité ou le décès d'un des détenteurs du capital d'une entreprise en sclérose inévitablement la politique. La difficulté s'accroît lorsque celui-ci y exerce, comme c'est le plus souvent le cas, des fonctions exécutives. Parfois touchée du doigt lors de la signature des statuts ou de pactes d'actionnaires, cette double problématique doit d'une part être traitée avec méthodologie, et d'autre part nécessite de recourir à des contrats exogènes au seul droit des sociétés.

Le constat de la pratique est celui de l'insuffisance ; insuffisance de méthode, méconnaissance des outils civils, ignorances même du périmètre des risques.

Certains répondront à l'incapacité et au décès par des mécanismes assurantiels. La démarche n'est pas d'en gérer le seul coût.

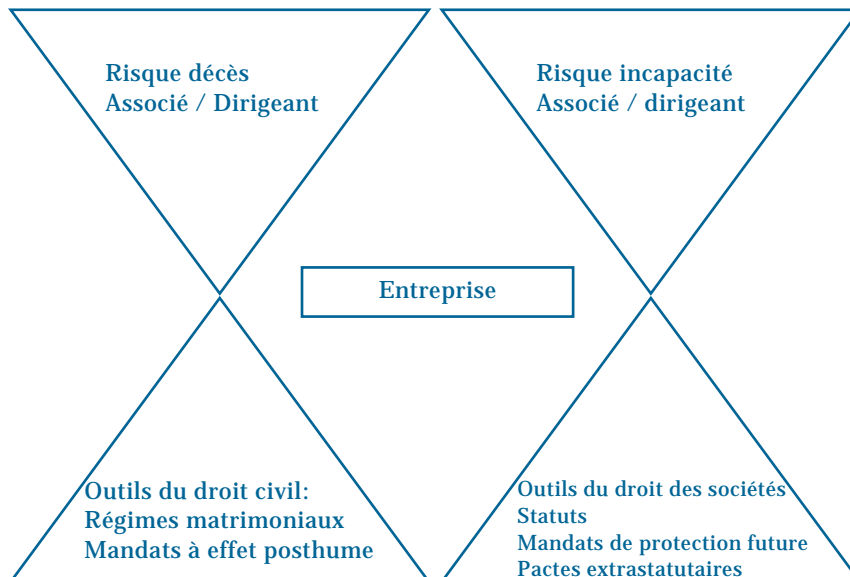
Certains focaliseront leur analyse sous le seul angle

de la fiscalité, ce afin d'éviter à une génération d'actionnaires de sacrifier le résultat distribué au paiement de droits de succession.

Certains restreindront leur préconisations au seul décès. Alors que le décès d'un actionnaire disposant d'une participation significative du capital social entraîne des conséquences redoutées mais connue, la problématique de l'incapacité est en revanche moins souvent anticipée. Jusqu'à récemment, l'entreprise pouvait en pareille hypothèse se retrouver entre les mains d'un tiers désigné par l'autorité judiciaire. Or le manque de connaissance de ce dernier des rouages de l'entreprise et la peur de voir sa responsabilité engagée sont contraires à l'esprit même de l'entrepreneuriat.

L'actualité successive du droit des successions et des incapacités offre des outils d'anticipation complémentaires au seul droit des sociétés et des assurances, souvent plus performants.

1) Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008.



I. L'anticipation du risque d'incapacité

Les problématiques liées à l'incapacité de l'actionnaire, rarement appréhendées par la pratique, ont été récemment (1) mises sur le devant de la scène par la nouvelle contractualisation du droit des incapacités. La vulnérabilité du dirigeant reste en revanche quasi ignorée du droit des sociétés...

A. L'exercice des droits de vote dans l'hypothèse de l'incapacité de l'associé

Alors que le décès entraîne un transfert du patrimoine du défunt vers ses héritiers, l'incapacité de l'associé fige son patrimoine. Qui exerce alors les droits de vote de l'associé défaillant ? Le droit des sociétés n'appréhende pas cette question et laisse le soin au droit des incapacités d'y répondre.

Les salariés et la gouvernance des sociétés non cotées

Gilles Auzero,
Professeur,
Université Montesquieu-Bordeaux IV

Selon un avis officiel de la Commission générale de terminologie et de néologie, la gouvernance peut se définir comme la « manière de concevoir et d'exercer l'autorité à la tête d'une entreprise, d'une organisation, d'un État » (1). Cette définition confirme que la notion est nécessairement liée à l'exercice de l'autorité ou, mieux, du pouvoir. Appliquée aux sociétés, la gouvernance renvoie par voie de conséquence à leur gestion, étant entendu que celle-ci implique l'exercice de pouvoirs, que ce soit dans l'ordre interne ou externe.

S'interroger sur la place des salariés dans la gouvernance des sociétés revient donc à envisager la place qui peut ou doit leur être réservée dans la gestion de la société qui les emploie. Pour ne pas être nouvelle (2), la question n'en reste pas moins d'une récurrente actualité (3), ce qui laisse à penser qu'elle peine à trouver une traduction efficiente dans notre droit positif. L'objectif est pourtant affiché de longue date puisque, faut-il le rappeler, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose, en son alinéa 8, que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » (4).

Participer à la gestion, c'est participer aux décisions (5). Lorsque l'entreprise est organisée sous forme sociétaire, ces décisions sont prises au niveau de la société dont on sait qu'elle sert de vêtement juridique à l'entreprise. En d'autres termes, et ainsi qu'il a été souligné, « le centre de gravité du pouvoir est excentré par rapport à l'objet du pouvoir » (6). De manière schématique, on peut dire que l'entreprise sociétaire consiste dans la conjonction de deux organisations : une organisation juridique, la société, et une organisation de fait, l'entreprise (7). Si ces organisations ne sont à l'évidence pas totalement hermétiques, elles n'en restent pas moins distinctes. Partie intégrante de l'entreprise, les salariés sont en revanche étrangers à la société (8), dont on peut dire, sans nécessairement en faire la critique, qu'elle

est d'abord la chose des apporteurs de capitaux et de leurs représentants. Par voie de conséquence, dès lors que l'on admet que le pouvoir de décision se situe au niveau de la société, il convient d'en conclure qu'il échappe aux salariés, sauf à permettre à ces derniers de pénétrer la société.

Cette assertion conduit à considérer que, pour ne pas être négligeables, les attributions du comité d'entreprise dans le domaine économique ne peuvent être véritablement conçues comme une participation des salariés à la prise de décision. Car, dans l'exercice de ces prérogatives, le comité reste cantonné aux frontières de l'entreprise. De manière plus prosaïque, on explique classiquement que, sauf très rares exceptions, ces attributions ne confèrent aucun droit de veto au comité d'entreprise. Les apporteurs de capitaux et leurs représentants restent maîtres de la décision. Dans certains cas, cette dernière peut néanmoins être partagée, sans que, pour autant, la frontière entre la société et l'entreprise ne soit franchie. On songe ici à la convention collective, fruit d'un accord entre les représentants des deux organisations en cause. A notre sens, et au regard de son objet, la norme conventionnelle peut conduire, dans une mesure certes relative, à une certaine participation des salariés à la gestion de la société.

Cela étant, il ne saurait y avoir de véritable participation des salariés à la gestion de la société tant que ces derniers restent en dehors de celle-ci (9). A défaut, la gestion reste aux mains de ceux qui détiennent le capital et de leurs représentants. Tout au plus peut-on alors attendre de ces derniers qu'ils prennent en compte les intérêts de l'ensemble des parties prenantes et donc des salariés (10). L'entrée des salariés dans la société peut être abandonnée aux mécanismes classiques du Droit des sociétés. Ainsi, il n'a jamais été interdit aux salariés de se porter acquéreur de titres de la société qui les emploie. Le législateur s'est d'ailleurs employé à faciliter cet actionariat salarié. On pouvait cependant

1) *JORF*, 22 avril 2009, p. 6949. Il est précisé en note que « la gouvernance s'apprécie non seulement en tenant compte du degré d'organisation et d'efficacité, mais aussi et surtout d'après des critères tels que la transparence, la participation, et le partage des responsabilités ».

2) V. notamment, les rapports Bloch-Lainé (« Pour une réforme de l'entreprise », 1963) et Sudreau (« La réforme de l'entreprise », 1975) et, plus récemment, R. Vatinet, « La société anonyme et ses salariés. Essai de problématique » : *Rev. sociétés* 2000, p. 161 ; J.-M. Moulin, « La participation des salariés à la gestion des sociétés (le comité d'entreprise actionnaire) » : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 571. Adde, Le salarié, sujet de droit des sociétés, *Bull. Joly Sociétés*, numéro spéc., juillet 2005.

3) V. en dernier lieu le rapport de S. Benhamou, réalisé pour le compte du Centre d'analyse stratégique et remis le 1^{er} juin 2010 : « Améliorer la gouvernance d'entreprise et la participation des salariés », *La doc. Française*, n° 27-2010.

4) Rappelons que le programme du Conseil national de la Résistance prévoyait l'introduction de la cogestion dans toutes les entreprises exploitées par des sociétés anonymes. Au conseil d'administration élu par les actionnaires devait être substitué un conseil paritaire où siègeraient avec les représentants du capital, des représentants des salariés (V. G. Couturier, *Traité de droit du travail*, Tome 2 Les relations collectives de travail, 2001, n° 127).

5) G. Couturier, *ibid.*, n° 5.

6) J.-M. Moulin, op. cit., p. 574. V. aussi, pour une approche gestionnaire, A. Hatchuel et B. Segrestin, « La société contre l'entreprise ? Vers une norme d'entreprise à progrès collectif » : *Dr. et société* 65/2007, p. 27.

7) Entreprise qui peut être définie « comme un ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés, quelle que soit la forme juridique de ce regroupement, en vue de l'exercice d'une activité régulière participant à la production ou à la circulation des richesses, autrement dit une activité économique » : M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, *Droit des sociétés, Litec*, 23^{ème} éd., 2010, n° 17.

8) En termes plus juridiques cela revient à dire et affirmer que les salariés sont bien des tiers au contrat de société ou à l'acte qui l'a créé, tout comme ils sont tiers aux rapports entre la société et les dirigeants qui la représentent V. en ce sens, A. Lyon-Caen, « Le pouvoir entre droit du travail et droit des sociétés » : *RDT* 2010, p. 494. *Contra*, P. Morvan, « Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans les SAS » : *JCP S* 2010, 1239. Le chef d'entreprise est quant à lui un représentant de la société. Il se situe donc en quelque sorte à l'interface de ces deux organisations.

Gouvernance et procédures collectives

Corinne Regnaut-Moutier,
Professeur,
Faculté de Droit de Caen

Jocelyne Vallansan,
Professeur détachée à la Cour d'appel de Caen

1) C. com., art. L. 620-1.

2) C. com., art. L. 631-1.

3) C. com., art. L. 631-4 et L. 631-5.

4) C. com., art. L. 622-10 pour la sauvegarde, art. L. 631-15 pour le redressement judiciaire.

Lorsque la société éprouve des difficultés qui risquent d'impacter l'avenir de son activité économique, le droit des entreprises en difficulté est susceptible d'intervenir, offrant un panel de procédures élargi depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Selon le degré des difficultés rencontrées ou même seulement prévisibles, la procédure visant à résoudre ces difficultés est soit volontaire (conciliation, sauvegarde), soit imposée (redressement ou liquidation judiciaires). L'incidence du droit des entreprises en difficulté sur la gestion par les dirigeants est naturellement nuancée selon la nature de la procédure ouverte : l'impact est quasi nul dans la procédure amiable de conciliation, devient plus prégnant dans les procédures judiciaires de sauvegarde et de redressement judiciaire pour aboutir à un dessaisissement presque total des pouvoirs des dirigeants dans la liquidation judiciaire. Cette gradation dans l'étendue du dessaisissement des dirigeants correspond au souci du législateur de 2005 de voir les chefs d'entreprise se placer le plus rapidement possible sous « protection judiciaire », avant que les difficultés n'aient des conséquences irréversibles sur la poursuite d'activité et le maintien de l'emploi : ainsi, plus le dirigeant prendra précocement l'initiative de la procédure, moins sera-t-il menacé dans ses prérogatives de gestion et quant à son sort personnel, lesquels échappent peu ou prou à la discrétion des associés dans les procédures les plus contraignantes.

Nous envisagerons les éventuelles contraintes managériales dans un sens graduel, selon que la société est en sauvegarde ou redressement judiciaire (I) ou en liquidation (II). Nous excluons délibérément la conciliation, neutre quant au mode de gouvernance de l'entreprise.

I. La société en sauvegarde ou redressement judiciaire

Si la finalité des deux procédures est identique : permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, les critères d'éligibilité sont différents : la procédure de sauvegarde, pièce maîtresse de la réforme de 2005, peut être ouverte à la demande du débiteur qui,

sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter (1), tandis que le redressement judiciaire s'applique au débiteur en cessation des paiements (2).

S'adressant à un débiteur somme toute *in bonis*, la sauvegarde est une procédure volontaire et donc facultative, tandis que le redressement judiciaire s'impose, tout au moins lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours : lorsque la société est en cessation des paiements, le dirigeant doit donc, dans les 45 jours, soit demander une conciliation, c'est l'une des grandes innovations de la loi de sauvegarde que de permettre un traitement amiable de l'entreprise en cessation des paiements, soit déposer le bilan et demander l'ouverture d'un redressement judiciaire ; s'il s'abstient de toute initiative, non seulement il commet une faute qui sera sanctionnée par le droit des entreprises en difficulté, mais la procédure de redressement ne sera pas évitée, elle pourra être ouverte sur assignation d'un créancier, voire d'office par le tribunal (3).

Au-delà, les moyens de redressement se ressemblent fort dans l'une et l'autre procédure : chacune ouvre sur une période d'observation et débouche sur l'adoption d'un plan, tout au moins si le redressement est envisageable, sinon l'une ou l'autre procédure peut toujours être convertie en liquidation judiciaire (4). Au regard de la gouvernance de la société jusqu'à la clôture de la procédure, deux questions se posent : qui assure la gestion pendant la période d'observation ? Quel est le sort réservé aux dirigeants pendant et à l'issue de la période d'observation ?

Le législateur de 2005 a été soucieux d'attirer les chefs d'entreprise vers la sauvegarde en la rendant plus attractive que le redressement judiciaire, l'idée étant que plus les difficultés sont prises à la racine, plus les chances de redressement sont grandes, et la faveur faite à la sauvegarde se vérifie aussi bien en ce qui concerne les pouvoirs de gestion (A) qu'en ce qui concerne le sort même du dirigeant (B).

A. Les pouvoirs de gestion des dirigeants

Au cours de la période d'observation, les dirigeants, non dessaisis, restent en principe à

L'affaire « cœur de défense » revue et corrigée par la cour de cassation

Deen Gibirila,
Professeur à la Faculté de droit et science politique,
Université Toulouse 1 Capitole

Au sujet d'une affaire très médiatisée au point d'occuper le devant de la scène judiciaire, la Cour de cassation vient de rendre le 8 mars 2011 un arrêt dit « Cœur de Défense » dont l'importance la destine à la plus large diffusion (1).

Le différend a pour origine l'achat en juillet 2007 par une société française d'un ensemble immobilier situé à la Défense, mais dont le financement a été perturbé par la crise financière internationale et la mise en procédure collective de plusieurs banques étrangères en septembre 2008. Cette société, la SAS Heart of La Défense (société Hold) dont le capital était entièrement détenu par une holding luxembourgeoise, la société Dame Luxembourg, avait financé l'acquisition immobilière en souscrivant deux emprunts à taux variable (environ 1,6 milliards d'euros) auprès de la société Lehman Brothers Bankhaus AG (Allemagne). Le remboursement était garanti par une hypothèque sur les locaux, la cession par bordereaux Dailly des loyers des baux présents ou futurs, et le nantissement consenti par la holding de tous les titres qu'elle détenait dans la SAS. De plus, conformément aux contrats de prêt, ladite société avait souscrit deux contrats de couverture du risque des variations des taux d'intérêts auprès de la société britannique Lehman Brothers, garantie elle-même par la banque américaine Lehman Brothers. A la suite d'une opération de titrisation des emprunts, la SAS était devenue débitrice d'un fonds commun de titrisation (la société Eurotitrisation). Pire encore, les sociétés Lehman Brothers se trouvaient confrontées à des procédures collectives dans leurs pays respectifs. Aussi, ce fonds commun exigea le 15 septembre 2008 que, sous peine de déchéance du terme des prêts, la SAS conclut avant le 5 octobre 2008 avec un autre établissement bancaire un nouveau contrat de couverture du risque des variations des taux d'intérêts.

La SAS et sa holding n'obtempérèrent pas au motif que pareille opération était prohibitive, compte tenu des conditions du marché. Néanmoins, redoutant une déchéance du terme des prêts qui entraîneraient leur exigibilité immédiate et, du même coup la cessation des paiements, elles avaient sollicité chacune le 28 octobre 2008 l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Elles obtinrent satisfaction auprès de la juridiction consulaire de Paris (2) qui arrêta un plan de sauvegarde (3), et rejeta ensuite la tierce opposition formée par le fonds de titrisation contre la décision d'admission de ladite procédure (4). La Cour d'appel de Paris, infirmant ces décisions,

avait admis la recevabilité de la tierce opposition et refusé d'ouvrir les procédures de sauvegarde demandées par les deux sociétés (5).

Si la chambre commerciale procède à une quintuple cassation (III) de l'arrêt infirmatif (II) de la Cour d'appel de Paris à propos des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, en revanche, elle confirme la recevabilité de la tierce opposition au jugement d'ouverture de cette procédure (I).

I. La recevabilité par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation de la tierce opposition formée par un créancier

A. Les données du litige

La cour d'appel de Paris avait accueilli la tierce opposition formée par le fonds de titrisation. Elle arguait de ce que celui-ci avait un intérêt né, actuel, direct et distinct de celui de l'ensemble des créanciers dès lors qu'il invoquait l'argument selon lequel la procédure de sauvegarde visait exclusivement à permettre à la holding et à la SAS de se soustraire, ne fût-ce que temporairement, à leurs obligations contractuelles envers le fonds commun de titrisation, ou à le contraindre à négocier leur aménagement.

Sa décision s'appuyait sur l'article L. 661-2 du Code de commerce qui, renvoyant à l'article L. 661-1, I, signale la possibilité de former une tierce opposition à l'égard de différentes décisions statuant sur l'ouverture (6) ou l'extension des procédures collectives, notamment celle de la sauvegarde (7), et sur le prononcé de la liquidation judiciaire au cours d'une période d'observation. S'agissant comme dans l'actuelle affaire, d'une procédure de sauvegarde, cette voie de recours est offerte au débiteur, au créancier poursuivant et au ministère public (8).

Les demandeurs au pourvoi soutiennent au contraire l'irrecevabilité de la tierce opposition, à l'appui de l'article 583 du Code de procédure civile. Si ce texte rend irrecevable un tel recours, à condition que son auteur qui y a intérêt n'ait été ni partie, ni représenté au jugement qu'il attaque, à l'inverse, il en permet l'exercice de la part des créanciers et autres ayants cause d'une partie à l'encontre d'un jugement rendu en fraude de leurs droits, ou s'ils invoquent des moyens qui leurs sont propres.

1) Pourvoi n° 10-13.988, 10-13.989 et 10-13.990, Sté Heart of La Défense et a. c/ Proc. gén. près la CA Paris et a., FS-P+B+R+I. - V. les notes ou observations de A. Lienhard (*D.* 2011, AJ, p. 743), G. Teboul (*LPA* 14 mars 2011, n° 51, p. 6), E. Le Corre-Broly (*Lexbase Hebdo* n° 243, 17 mars 2011, éd. Affaires), A. Couret et B. Dondero (*JCP E* 2011, n° 11, 1215), et B. Saintourens (*Act. proc. coll. avr.* 2011, repère 106). - Sur cet arrêt, M. Menjuq, Affaire Coeur Défense : la Cour de cassation recadre la cour d'appel de Paris sur la notion de difficultés justifiant une sauvegarde : *Rev. proc. coll.* mars 2011, repère 2.

2) T. com. Paris, 3 nov. 2008, n° 2008/77996.

3) T. com. Paris, 9 sept. 2009, n° 2009/044625.

4) T. com. Paris, 7 oct. 2009, n° 2008/89778. - Sur cette décision, F.-X. Lucas, Coeur Défense : recevabilité de la tierce opposition contre le jugement d'ouverture : *LEDEN*, 20 sept. 2010, n° 8, p. 1.

5) CA Paris, 25 févr. 2010 : *D.* 2010, AJ, p. 579, obs. R. Dammann et G. Pôdeur ; *JCP G* 2010, n° 39, 958, n° 1, obs. Ph. Pétel ; *JCP E* 2010, n° 20, 1475, obs. B. Saintourens. - Sur cet arrêt, G. Teboul, L'affaire « Coeur Défense » : du nouveau (à propos de CA Paris, 25 février 2010) : *LPA* 9 mars 2010, n° 48, p. 12. - F.-X. Lucas, Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde ? : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 211. - P.-M. Le Corre, La notion de difficulté que le débiteur ne peut surmonter : *Gaz. Pal.* 16 et 17 avr. 2010, p. 13. - O. Puech et G. Saint Marc, L'affaire Coeur Défense, quelles leçons pour la finance structurée en France ? : *Revue Banque* avr. 2010, p. 4. - M. Menjuq, Affaire Heart of La Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de sauvegarde : *Rev. proc. coll.* mai 2010, étude 11.

FLASH INFO DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

TRIBUNAUX MIXTES DE COMMERCE DES DOM-TOM

Afin de résoudre les difficultés de fonctionnement que connaissent certains greffes des tribunaux mixtes de commerce et notamment ceux des départements d'outre-mer, actuellement tenus par un greffier en chef ou un secrétaire-greffier du ressort du tribunal de grande instance ; la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées (du 28/03/11 n° 2011-331), prévoit dans son article 34 de faire assurer le greffe de ces tribunaux mixtes par un greffier du tribunal de commerce. La liste des tribunaux mixtes concernés sera fixée par décret en Conseil d'Etat. Le Journal Spécial des Sociétés avait signalé à plusieurs reprises au Garde des Sceaux des problèmes de lenteur récurrents causés par le dysfonctionnement de ces greffes et se félicite de ces prochains changements d'organisation.

RESTAURANTS ET DÉBITS DE BOISSONS

Dans notre flash info du mois de mars dernier, nous évoquions l'article 52 de la loi de finances rectificative pour 2010 qui supprimait au 1^{er} janvier 2011 la déclaration fiscale auprès des services des douanes. Cette déclaration était préalable à l'ouverture des restaurants et des débits de boissons (vente sur place ou à emporter). Depuis, le législateur est intervenu par la loi du 22 mars 2011 (n° 2011-302) qui n'entrera en vigueur qu'au 1^{er} juin 2011. Cette loi supprimera la licence de première catégorie nécessaire à la vente sur place de boissons sans alcool. Par ailleurs, les restaurants et débits de boissons à emporter, seront tenus d'effectuer une déclaration administrative auprès de la mairie (ou de la préfecture de Police) quinze jours au moins avant le début de l'activité (Article L. 3332-3 du Code de la santé publique). Le récépissé de cette déclaration justifiera de la possession de la licence sollicitée. Les restaurateurs ou vendeurs de boissons à emporter ayant ouvert leur établissement entre le 30 décembre 2010 et le 1^{er} juin 2011 devront effectuer cette déclaration dans un délai de 2 mois. Durant la période transitoire, les greffiers n'exigeront aucune pièce réglementée pour l'inscription des restaurants et des établissements de vente de boissons à emporter.

SOCIÉTÉ CIVILE PROFESSIONNELLE - SCP-

L'article 30 de la loi du 28 mars 2011 (n° 2011-331), permet aux SCP de choisir une dénomination sociale suivie ou précédée néanmoins, de la mention « société civile professionnelle » ou des initiales « SCP », elles-mêmes suivies de l'indication de la profession exercée. Jusqu'à présent, les SCP ne pouvaient être désignées que par une raison sociale nécessairement constituée des noms, qualifications et titres professionnels de tous les associés ou de l'un ou plusieurs d'entre eux. La raison sociale devient ainsi une dénomination. Par ailleurs, d'autres nouveautés ont été introduites par la loi :

- Les associés de SCP peuvent désormais librement définir, par une clause statutaire, les principes et les modalités applicables à la détermination de la valeur des parts sociales. Cette clause ne peut cependant être adoptée qu'à l'unanimité des associés. La valeur des parts prend en considération une valeur représentative de la clientèle civile à condition de ne pas être écartée par un décret particulier à chaque profession.

- La responsabilité solidaire des associés de SCP est supprimée. Les associés ne répondent plus solidairement des dettes de la société mais sont seulement tenus indéfiniment. Ce qui signifie, qu'après avoir agi contre la société, un créancier ne peut plus se contenter de demander à un seul des associés le remboursement de l'intégralité de sa créance, il devra agir auprès de chacun des associés.

PROFESSIONNELS DU DROIT ET DU CHIFFRE RÉUNIS SOUS LA SPFPL

La loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées (du 28/03/11 n° 2011-331) a ajouté un nouvel article 31-2 à la loi de 1990 relative aux SEL et SPFPL (n° 90-1258). Cet article permet à différentes professions de se réunir par le biais d'une société de participations financières des professions libérales (la SPFPL). La SPFPL est une holding qui peut désormais détenir simultanément des parts ou des actions de SEL ou de sociétés commerciales de droit commun des professions suivantes : avocat, notaire, huissier de justice, commissaire-priseur, expert-comptable, commissaire aux comptes ou conseil en propriété intellectuelle. Il en ressort, que la SPFPL est un support de l'inter professionnalité capitalistique. Un décret en conseil d'état précise les conditions d'application.

Président: Monsieur le Professeur Jean-Jacques DAIGRE,

Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

Monsieur le Président Guy CANIVET,

Membre du Conseil constitutionnel

Monsieur le Président Daniel TRICOT,

Président Honoraire de la Chambre Commerciale, Financière
et Economique de la Cour de Cassation,

Agrégé des Facultés de Droit

Monsieur le Président Jean-Pierre DUMAS,

Président Honoraire de la Chambre Commerciale Financière
et Economique de la Cour de Cassation

Madame Françoise KAMARA,

Conseiller à la Cour de Cassation

Madame le Professeur Florence DEBOISSY,

Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV

Monsieur le Professeur Bruno DONDERO,

Professeur à l'Université Picardie Jules Verne

Monsieur le Professeur Didier FERRIER,

Professeur à l'Université Montpellier I

Monsieur le Professeur Jérôme HUET,

Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

Monsieur le Professeur Hervé LECUYER,

Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

Monsieur le Professeur François-Xavier LUCAS,

Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

Monsieur le Professeur Michel MENJUCQ,

Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

Monsieur le Professeur Nicolas MOLFESSIS,

Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas

Monsieur le Professeur Pierre MOUSSERON,

Professeur à l'Université Montpellier I

Monsieur le Professeur Didier PORACCHIA,

Professeur à l'Université Aix Marseille III

Monsieur le Professeur Dominique SCHMIDT,

Professeur agrégé des Facultés de Droit, Avocat à la Cour

Maître Jean-Paul DECORPS,

Notaire Associé, Etude Decorps, Jumelet, Decorps

Maître Michel GIRAY,

Notaire Associé, Etude Jusot Giray Luzu Trokner & Duparc

Maître Bertrand SAVOURE,

Notaire Associé, Julien Saint-Amand, Savouré, Soreau

Maître Éric CAPRIOLI,

Avocat Associé, Cabinet Caprioli

Maître Béatrice CASTELLANE,

Avocat Associé, Castellane Avocats

Maître Xavier DELCROS,

Avocat, Cabinet Delcros - Peyrical,

Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

Maître Dominique FERRE,

Avocat Associé, Fidal

Maître Jacques-Philippe GUNTHER,

Avocat Associé, Willkie Farr & Gallagher

Maître Christian HAUSMANN,

Avocat Associé, Hammonds Hausmann

Maître Thierry MONTERAN,

Avocat Associé, UGGC & Associés

Maître Bruno PICHARD,

Avocat Associé, Pichard et Associés

Maître Luc SAUCIER,

Avocat Associé, Saucier Avocats

Maître Jean-Jacques UETTWILLER,

Avocat Associé, UGGC & Associés

Monsieur Didier KLING,

Commissaire aux comptes, Cabinet Didier Kling et Associés

Monsieur Patrick MORGENSTERN,

Commissaire aux comptes, Morgenstern et Associés

Monsieur Luc ATHLAN,

Responsable Droit des Sociétés, France Telecom

Monsieur Philippe COEN,

Directeur Juridique, Walt Disney Company (Europe)

Monsieur Francis J. CREDOT,

Senior of counsel, Salans

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS



Publier les annonces légales

Dans ses colonnes du 75-92-93-94 les mardi, jeudi et samedi

Transmet aux journaux de province, au BALO, au BODACC

Rédige tout type d'annonces légales

Vérifie les mentions obligatoires

Envoie une attestation de parution par fax ou e-mail

Convertit les fichiers au format RTF selon la norme du BALO

Diffuse les appels d'offres de marchés publics

Édite le **JOURNAL DES SOCIÉTÉS**

le mensuel du juriste et de l'entreprise

Effectuer les formalités

Pour les sociétés et les commerçants

Renseigne sur les pièces obligatoires à fournir

Calcule les droits d'enregistrement, se déplace au T. P.

Intervient auprès des CFE, RCS, RM, INPI

Obtient les Kbis dans les meilleurs délais

Accomplit les démarches administratives (Consulats, Préfectures...)

Assure les traductions libres ou jurées

8, rue Saint Augustin - 75080 Paris Cedex 02

Tél. : 01 47 03 10 10 - Fax : 01 47 03 99 00

annonces@jss.fr - formalites@jss.fr

www.jss.fr

D. G. : Myriam de MONTIS

