



**HAL**  
open science

## GIE : l'article L.251-1, alinéa 2, du code de commerce ne fait pas obstacle à l'affectation d'une partie des bénéfices à une réserve statutaire

Franck Marmoz

### ► To cite this version:

Franck Marmoz. GIE : l'article L.251-1, alinéa 2, du code de commerce ne fait pas obstacle à l'affectation d'une partie des bénéfices à une réserve statutaire. *Revue Lamy Droit des affaires*, 2014, 96, pp.10-12. hal-02087709

HAL Id: hal-02087709

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-02087709v1>

Submitted on 11 Apr 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Par Franck MARMOZ

Doyen de la Faculté de droit  
Université Jean Moulin - Lyon 3

→ RLDA 5225

## GIE : l'article L. 251-1, alinéa 2, du code de commerce ne fait pas obstacle à l'affectation d'une partie des bénéfices à une réserve statutaire

**L'arrêt de rejet rendu par la Cour de cassation le 6 mai 2014 tranche la question controversée de l'affectation d'une partie des bénéfices réalisés par un groupement d'intérêt économique à un compte de réserve prévu statutairement. Cette faculté offerte aux membres du groupement est cependant conditionnée à la fois par la finalité de cette réserve, qui doit être de contribuer à la réalisation de l'objet légal du groupement, et par la nécessité de distribuer une partie desdits bénéfices aux membres du groupement.**

Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-11.427, P+B

**S**elon les derniers chiffres disponibles fournis par l'INSEE, 8 664 groupements d'intérêt économique (GIE) étaient recensés en France au 31 décembre 2012. Rapporté au nombre d'entreprises dotées ou non de la personnalité morale, on mesure la faible attractivité numérique de ce contrat en dépit d'une création datant à présent de près d'un demi-siècle. Institué par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967, le GIE est régi par les articles L. 251-1 et suivants du code de commerce après la refonte de son statut par la loi n° 89-377 du 13 juin 1989. L'introduction du groupement européen d'intérêt économique par les articles L. 252-1 du code de commerce n'a pas substantiellement contribué au développement de cette figure juridique.

Les décisions de la Cour de cassation consacrées aux GIE sont donc d'autant plus intéressantes qu'elles sont relativement rares. Celle rendue par la chambre commerciale le 6 mai 2014 mérite donc de retenir l'attention du lecteur. Elle fait l'objet d'une publication au *Bulletin*.

Un GIE est constitué entre plusieurs sociétés. Son objet est de négocier les prix des produits entrant dans le domaine d'activité de ses membres et de redistribuer les remises de fin d'année obtenues des fournisseurs. Cet objet est donc dans la droite ligne de l'activité des GIE dont on a pris l'habitude de dire qu'elle est le prolongement de l'activité de ses membres en application de l'article L. 251-1, alinéa 2, lequel dispose « le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses

membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité ». Pour cette raison, la jurisprudence retient qu'un GIE ne peut pas exercer une activité que ses membres ne peuvent pas légalement exercer. À défaut, la sanction encourue est la nullité du GIE en raison du caractère illicite de son objet (Cass. com., 13 nov. 2003, n° 01-11.072, Rev. sociétés 2004, p. 369, note Cornac P.-H.). Le GIE en question est bien, pour ses membres, un outil de coopération entre entreprises. Dans l'affaire qui nous occupe un des membres du GIE « GATE » est exclu du groupement à la suite de quoi il assigne ledit GIE afin d'obtenir l'annulation d'une décision prise par l'assemblée des membres prévoyant « qu'en cas de réalisation de bénéfices, l'assemblée affectera une partie de ceux-ci en réserve ». Il réclame que lui soit restituée la fraction prélevée sur les bénéfices qui aurait dû lui être, selon ses prétentions, versée. Débouté par la cour d'appel, il se pourvoit en cassation notamment au motif que « les bénéfices réalisés par un groupement d'intérêt économique sont la propriété exclusive et immédiate de ses membres à qui ils doivent être intégralement distribués ». Par conséquent, la disposition votée en assemblée des membres du groupement violerait l'article L. 251-1, alinéa 2, du code de commerce lequel dispose, envisageant le but du GIE, « Il n'est pas de faire des bénéfices ». La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la règle ainsi visée « ne fait pas obstacle à ce qu'une partie des résultats provenant de ses activités soit mise en réserve dans les comptes du groupement pour les besoins de la réalisation de son objet légal ». Les magistrats du Quai de l'Horloge viennent donc de trancher



une question qui divisait la doctrine et inquiétait les praticiens du droit quant à la validité des réserves statutaires stipulées au profit des GIE. Le principe de la validité de ces réserves est acquis (I) même s'il est conditionnel (II).

## I. – LE PRINCIPE DE LA VALIDITÉ DES RÉSERVES STATUTAIRES

Pourquoi douter de la possibilité pour un groupement d'intérêt économique d'affecter une partie de ses bénéfices en réserve sur la base d'une stipulation statutaire ? La raison est à rechercher dans l'histoire du GIE.

Les GIE, comme les sociétés, peuvent réaliser des bénéfices. La rédaction actuelle de l'article L. 251-1, alinéa 2, ne fait à cet égard aucun doute. Tel n'a pas toujours été le cas. L'article 2 de l'ordonnance de 1967 disposait « le groupement d'intérêt économique [...] ne donne pas lieu par lui-même à la réalisation et partage de bénéfices ». Cette rédaction, destinée à établir une frontière stricte entre la nature juridique du groupement, des sociétés et des associations, était fermement maintenue par la jurisprudence (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 févr. 1975, n° 73-13.840, D. 1975, jur., p. 366, note Guyon Y.) en dépit d'une doctrine majoritaire qui affirmait le contraire. Cette différence entre les sociétés et le groupement d'intérêt économique reposait sur l'idée que le second, bien que doté de la personnalité juridique, n'a pas d'activité distincte de celle de ses membres. Exprimée dans une vision restrictive, il était même soutenu que « l'objet du groupement n'est pas de créer ex nihilo des activités qui n'existaient pas auparavant chez les membres, même à l'état seulement virtuel » (Guyon Y., Rép. Dalloz Sociétés, Groupement d'intérêt économique, n° 27). La personnalité morale ambiguë du GIE expliquait de la même manière l'absence de clientèle propre au groupement (Burst J.-J., Une personnalité morale ambiguë : la personnalité morale du groupement d'intérêt économique, JCP G 1976, I, 2783).

La solution retenue par l'ordonnance était insoutenable pour qui espérait le développement des GIE (Guyon Y., Les obstacles juridiques au développement des groupements d'intérêt économique, Rev. sociétés 1978, p. 25). En effet, l'impossibilité de réaliser des bénéfices, donc a fortiori de les mettre en réserve, se conjugait avec la possibilité de constituer le GIE sans capital social et s'accompagnait d'une obligation pour ses membres de contribuer à ses dettes à titre personnel. Les dispositions constituaient donc un risque financier majeur pour les membres du groupement sans donner au GIE les moyens d'assurer l'autofinancement que permettent le capital social, les bénéfices et les réserves (Germain M., Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales, LGDJ, 19<sup>e</sup> éd., n° 1884).

Cette faiblesse congénitale a été levée partiellement par la loi n° 89-377 du 13 juin 1989 qui a modifié la rédaction des articles L. 251-1 et suivants du code de commerce. L'effet attractif du régime juridique des sociétés a fait son œuvre en ouvrant la possibilité aux GIE de réaliser des bénéfices en dépit de la rédaction ambiguë dudit article. Le GIE dont l'objet est commercial peut aussi réaliser des actes de commerce pour son propre compte ou encore être titulaire d'un bail commercial encore que la doctrine doute de la possibilité pour le GIE d'être titulaire d'un fonds de commerce faute d'une clientèle autonome (Cozian M., Viandier A., Deboissy Fl., Droit des sociétés, Litec, 25<sup>e</sup> éd., n° 1363). Ce rapprochement des statuts des sociétés et des GIE est heureux car la possibilité de réaliser des bénéfices facilite grandement la possibilité

pour le GIE de se financer même si dans de nombreuses situations la constitution du GIE n'est pas destinée à réaliser des bénéfices mais à mettre en commun des moyens.

La possibilité de réaliser des bénéfices ne lève cependant pas toute ambiguïté. En effet, il est généralement considéré que la constitution d'un GIE qui aurait pour seul objet la réalisation de bénéfices et leur partage serait susceptible d'engendrer une requalification en société de fait (Cahiers de droit de l'entreprise nov. 2013, Le groupement d'intérêt économique, une solution souple pour le développement de son activité).

Cependant, la possibilité de réaliser des bénéfices ouverte par la loi ne résout pas la question de leur affectation. Bien entendu, les membres peuvent appréhender ces bénéfices notamment parce que le règlement intérieur du GIE en prévoit fréquemment la ventilation. En revanche, il n'est nullement prévu de réserves à la différence des réserves légale, statutaire ou libre des sociétés commerciales.

Les réserves ont deux finalités principales. D'une part, elles constituent une épargne de précaution qui permet à la société de faire face à des pertes lorsque celles-ci surviennent. Cette possibilité est d'autant plus appréciable que les membres du GIE sont sous la menace de l'action d'un créancier qui, après avoir vainement mis en demeure le groupement par acte extrajudiciaire, peut les poursuivre pour obtenir le paiement de sa créance (C. com., art. L. 251-6, al. 2). D'autre part, elles permettent au groupement de se financer sans avoir ni à s'endetter auprès des banques ni à augmenter son capital social.

Ces intérêts légitiment aux yeux d'une partie de la doctrine, en l'absence d'interdiction formelle, la possibilité de constituer des réserves statutaires (Richard J., Le GIE et le sort de ses résultats depuis la loi n° 89-377 du 13 juin 1989, JCP E 1989, II, 15633 ; Richard J., Un rêve baroque ou le GIE spéculateur, JCP N 1993, I, 248 ; Le Lamy sociétés commerciales 2014, n° 1835). Pour d'autres, au contraire, cette possibilité semblait exclue (Lepeltier D. et Lesguillier G., GIE, GEIE, éd. Joly, n° 158 ; F. Lefebvre, MSC, 2014, n° 97280), une dernière partie de la doctrine posant la question sans prendre position (Merle Ph., Droit commercial, sociétés commerciales, Dalloz, 16<sup>e</sup> éd., n° 629). La première thèse est d'autant plus réaliste que l'existence de plus-values latentes non comptabilisées peut déjà permettre la constitution de réserves occultes. Elle est aussi cohérente avec le souci d'assurer un financement des GIE lesquels peuvent émettre des obligations (C. com., art. L. 251 7) et celui de prévenir les difficultés financières des GIE les plus importantes en leur imposant d'être dotés de commissaires aux comptes lorsqu'ils emploient plus de 100 salariés ou émettent des obligations. Cette possibilité est consacrée par la Cour de cassation par la présente décision. Il faut s'en réjouir car cette décision, même si elle poursuit le rapprochement du GIE des sociétés au risque d'introduire une confusion entre les deux régimes juridiques, donne une nouvelle raison d'envisager avec bienveillance le GIE comme une technique de coopération entre entreprises (Tronchon J.-Y., Le groupement d'intérêt économique est-il un véhicule juridique approprié pour conduire des coopérations industrielles européennes ? D. aff. 1996, p. 699). Cette décision libérale, économiquement opportune, est surtout fondée en droit sur la rédaction de l'article L. 251-1, alinéa 2, du code de commerce, lequel n'interdit nullement la constitution de réserve. Le demandeur soutenait que les membres d'un GIE ont un droit de propriété direct et exclusif sur les bénéfices en oubliant que le bénéfice est une notion comptable et non un bien susceptible d'appropriation. La solu-

tion est d'ailleurs transposable au groupement européen d'intérêt économique.

En l'espèce, la clause statutaire était par conséquent valide, de même que l'assemblée des membres ayant décidé son introduction, et l'auteur du pourvoi ne pouvait donc que voir rejeter sa demande de nullité de la résolution adoptée par l'assemblée. On notera l'identité entre le régime des nullités en droit des sociétés civiles et celui des GIE et la tendance à une interprétation restrictive des nullités et de leur régime pour les sociétés comme pour les groupements d'intérêt économique (Cass. com., 14 juin 2005, n° 02-18.864, D. 2005, p. 1777, obs. Lienhard A., RTD com. 2005, p. 782, obs. Monsièrè-Bon M.-H.). Ce mouvement est une autre illustration de l'effet attractif du droit des sociétés.

La possibilité de prévoir des réserves statutaires est cependant conditionnelle (II).

## II. - LA CONSTITUTION CONDITIONNELLE DES RÉSERVES

La Cour de cassation prend la précaution de poser deux conditions à la constitution d'une réserve statutaire par le GIE. D'une part, elle impose qu'une partie seulement des bénéfices soit affectée au compte de réserve et, d'autre part, elle subordonne cette faculté à la finalité d'une réserve constituée pour les besoins de la réalisation de l'objet légal du GIE.

Une partie seulement des bénéfices peut être affectée au compte de réserve. On déduit de cette première condition que l'on ne peut pas affecter la totalité des bénéfices à la réserve statutaire. Cette sage solution semble être la conséquence naturelle de la lettre de l'article L. 251-1, alinéa 2, *in fine*. Cet article est d'ailleurs particulièrement mal rédigé. En effet, il sous-entend par contraste avec les sociétés que celles-ci réalisent des bénéfices pour elles-mêmes. Cette lecture est bien entendue erronée car les bénéfices que réalisent les sociétés ne sont pas plus que pour les GIE réalisés pour la seule personne morale. Concernant les associés, il résulte de l'article 1832 du code civil qu'ils ont une vocation naturelle à participer aux bénéfices. Cette participation est d'ailleurs un élément constitutif du contrat de société. La vocation aux bénéfices est tellement de l'essence du contrat de société que la prohibition des clauses léonines de l'article 1844-1 du code civil a justement pour but d'assurer qu'un associé ne soit pas privé de la vocation à percevoir une partie du résultat. C'est aussi sur le fondement de cette règle que l'on peut considérer que la mise en réserve systématique des bénéfices constitue un abus de majorité de la part des associés (Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 2003, n° 99-19.328, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 1137, note Constantin A.). En résumé, pour les sociétés comme pour les GIE les associés et les membres ont vocation à percevoir les bénéfices. Comme cela est parfois souligné par la doctrine « de par sa définition, la société est instituée en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ; c'est donc une machine à distribuer des fonds à ses associés et non une machine à thésauriser des richesses » (Cozian M., Viandier A., Deboissy Fl., Droit des sociétés, Litec, 25<sup>e</sup> éd., n° 409). Cette critique de l'écriture de l'article L. 251-1, alinéa 2, du code de commerce éclaire la condition posée par la Cour de cassation. Il existe entre la société et le GIE une différence de degrés et non de nature dans la mise en réserve des bénéfices. Le GIE n'est que le prolongement de l'activité de ses membres et il ne se conçoit pas en dehors de leur propre activité économique, par conséquent la mise en réserve des bénéfices n'est légitime que

si la fraction épargnée est faible. En l'espèce, la mise en réserve portait sur 2 % du montant des remises de fin d'année versées par les fournisseurs. L'appréhension des bénéfices par les membres du GIE est d'autant plus importante que la transparence fiscale qui affecte le GIE entraîne la nécessité pour eux de disposer de la trésorerie nécessaire pour acquitter l'impôt. Enfin, si la mise en réserve des bénéfices est nécessairement partielle, on peut toujours imaginer que les membres du groupement puissent, afin d'éviter au groupement une sortie de trésorerie, placer une partie des bénéfices auxquels ils peuvent prétendre en compte courant, ce dernier constituant un prêt.



**Cette décision, même si elle poursuit le rapprochement du GIE des sociétés au risque d'introduire une confusion entre les deux régimes juridiques, donne une nouvelle raison d'envisager avec bienveillance le GIE comme une technique de coopération entre entreprises.**

Le caractère proportionné des sommes mises en réserve après prélèvement sur le bénéfice est renforcé par un critère téléologique dégagé par la Haute juridiction ; la mise en réserve des bénéfices doit être justifiée pour « les besoins de la réalisation de l'objet légal du GIE ». Une première remarque s'impose à celui qui veut mettre en œuvre le critère, elle est relative à la notion d'objet légal. On aurait pu s'attendre à une référence à l'objet statutaire du GIE. En effet, l'article L. 251-8 du code de commerce impose de définir l'objet au titre des mentions obligatoires devant figurer dans les statuts. Il est rendu nécessaire par le principe de spécialité des personnes morales. Cet objet statutaire est, comme en droit des sociétés, une limite au pouvoir des dirigeants (C. com., art. L. 251-11, al. 1<sup>er</sup>). Il est civil ou commercial et permet de déterminer le caractère civil ou commercial du GIE sans qu'il y ait lieu d'en rechercher l'activité réelle (Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15.130, RJDA 2010, n° 1089). Ainsi, la Cour de cassation, en mentionnant la nécessité de constituer des réserves au regard de l'objet statutaire du GIE aurait permis d'apprécier la constitution desdites réserves *in concreto* en fonction de la nécessité pour le GIE de mobiliser des capitaux propres plus ou moins importants en fonction de son activité. Dans le cas d'espèce, l'activité, à savoir la négociation de remises auprès des fournisseurs, ne nécessitait pas de mobiliser d'importants capitaux. Il pourrait en aller autrement par exemple dans l'hypothèse d'un GIE ayant besoin d'importantes immobilisations. Ce n'est pas le choix retenu et cela soulève une question : qu'est-ce que l'objet légal du GIE ? Sans doute l'objet légal doit-il être identifié au but du GIE, tel que défini à l'article L. 251-1 du code de commerce, qui est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. L'appréciation de la légitimité des réserves statutaires serait donc portée *in abstracto* pour tous les GIE indépendamment de leur besoin en fonds propres. Avouons que cette solution est clairement moins satisfaisante. Cette première analyse laisse cependant subsister la question qui sera soulevée dans d'autres prétoires : à partir de quel montant pourra-t-on considérer que les sommes mises en réserve excèdent ce besoin théorique et qui juge du caractère approprié de ce montant ? Sont-ce les membres du groupement ou les administrateurs ? ■



## ↳ DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Par Ildo D. MPINDI

Secrétaire général de la Rédaction  
Lamy sociétés commerciales

### SOCIÉTÉS ET AUTRES GROUPEMENTS

→ RLDA 5226

#### Société en formation : défaut de reprise d'un emprunt souscrit par le conjoint fondateur

**La protection des biens communs conférée par l'article 1415 du code civil est applicable à l'emprunt souscrit par un époux au nom d'une société en formation en l'absence de reprise de l'acte.**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2014, n° 13-20.356, P+B+I

Avec cet arrêt diffusé sur le site internet de la Cour de cassation et destiné à publication au *Bulletin*, la première chambre civile adopte une position de principe dont le bien-fondé fera, à n'en pas douter, l'objet de débats intenses (cf. par exemple, pour une opinion contraire à la solution retenue, la note de François-Xavier Lucas, in *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 248, rédigée à l'occasion de la parution de l'arrêt d'appel : CA Versailles, 14 mars 2013, n° RG : 12/05314). La Cour répond ici à la question de savoir si la protection instituée par l'article 1415 du code civil, qui exige le consentement exprès de l'autre conjoint pour que les biens communs soient engagés par un cautionnement ou un emprunt, s'applique à l'emprunt souscrit par un époux au nom d'une société en formation en l'absence de reprise. Dans une telle hypothèse, le créancier peut-il se payer sur les biens communs ? Ou ne peut-il saisir que les biens propres de son débiteur, tenu en qualité d'emprunteur, au sens de l'article 1415 susvisé ?

Commençons par les faits de l'espèce. Par acte sous seing privé, M. X a consenti un prêt à MM. Y et Z, déclarant agir pour le compte d'une société en formation. Après son immatriculation, la société n'a pas repris l'engagement souscrit. Un jugement ayant condamné M. Y au paiement de la moitié de la somme remboursée au prêteur par M. Z, celui-ci a fait inscrire une hypothèque judiciaire sur des immeubles dépendant de la communauté des époux Y et leur a fait délivrer un commandement de payer valant saisie-immobilière. Un jugement a ordonné la mainlevée de la saisie.

Par un arrêt remarqué du 14 mars 2013, la cour d'appel de Versailles (CA Versailles, 14 mars 2013, n° RG : 12/05314, préc.) est venue infirmer ce jugement et dire que le commandement de payer était régulier. Pour décider que le créancier pouvait saisir les biens communs, l'arrêt retient que M. Y « n'a souscrit aucun emprunt personnel et n'a jamais reçu aucune somme ». Pour la cour, il est tenu envers son coassocié fondateur de la société en formation par l'effet des dispositions des articles 1843 du code civil

et L. 210-6 du code de commerce, qui instaurent un régime de solidarité indéfinie et solidaire de l'associé fondateur pour la société commerciale. « Aucune existence d'un contrat de prêt personnel à [M. Y], susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 1415 du code civil, ne peut être constatée », précise l'arrêt. Il en conclut que « le fondateur n'est pas tenu personnellement pour s'y être engagé par contrat et n'est nullement tenu en vertu d'une qualité d'emprunteur qui est inexistante ».

En somme, pour la cour d'appel, l'engagement de l'époux ne résulte pas du contrat d'emprunt mais de la loi, précisément des dispositions susvisées qui, en l'absence de reprise par la société, font naître une obligation à la charge des souscripteurs des actes (« Ceux ayant agi au nom de la société deviennent personnellement débiteurs envers les tiers. Ils ne sont pas obligés pour s'y être engagés par contrat et ne sont donc pas tenus en qualité d'emprunteurs » : Lucas F.-X., note préc.). Aussi la cour fait-elle le choix d'écarter l'article 1415 du code civil.

Au visa de ce même article, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel.

Selon elle, « en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de reprise par la société, après son immatriculation, du prêt souscrit par son fondateur, celui-ci est personnellement tenu, en qualité d'emprunteur, des obligations qui en découlent, la cour d'appel a violé le texte susvisé, par refus d'application » (nous soulignons).

Les emprunts souscrits, sans l'accord exprès du conjoint, au nom d'une société en formation entrent bien dans le champ de l'article 1415 en l'absence de reprise par la société.

Lamy sociétés commerciales 2014, n° 412

### ACTEURS DE LA VIE SOCIÉTAIRE

→ RLDA 5227

#### Modification du prêt garanti : portée de l'engagement du dirigeant caution

**Lorsque les conditions du prêt sont modifiées après la souscription de l'engagement de caution donné au profit d'une société par son gérant, celui-ci doit les accepter. La connaissance qu'il pouvait en avoir en sa qualité de dirigeant ne suffit pas à caractériser une telle acceptation.**

Cass. com., 24 juin 2014, n° 13-21.074, P+B

Si le dirigeant est, en principe, parfaitement au courant de la vie de la société dont il s'est porté caution pour un prêt, cette connaissance ne caractérise pas à elle seule l'acceptation des modifications apportées ultérieurement au prêt garanti. Ainsi que le rappelle la Cour de cassation, le cautionnement ne se présume pas. Il doit être exprès.

En l'espèce, la gérante d'une SARL, Mme X, s'est portée caution envers une banque d'un prêt consenti à sa société le 1<sup>er</sup> juin 1987, d'un montant de 280 000 francs et d'une durée de sept années au taux de 10,85 % l'an. Peu après le déblocage des fonds, par acte du 12 août 1987, la durée du prêt a été portée à neuf années et le taux des intérêts modifié. Quelques années plus tard, la banque a poursuivi en paiement la société ainsi que la gérante et les autres associés qui s'étaient rendus cautions. La société ayant fait l'objet d'une procédure collective, une cour d'appel, après avoir annulé les engagements de certaines cautions et alloué des dommages-intérêts à l'une d'entre elles, a fixé la créance de la banque au passif, validé le cautionnement de la gérante et condamné celle-ci à l'exécuter.

Mme X conteste cette décision. Elle reproche à l'arrêt de l'avoir condamné, en sa qualité de caution, à payer une certaine somme à la banque. À juste titre selon la Cour de cassation, qui censure sous le visa de l'article 2292 du code civil. Rappelons qu'aux termes de ce texte, « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès et ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ».

Or, l'analyse du juge d'appel s'est fondée uniquement sur la qualité des fonctions et des connaissances de la caution. L'arrêt a retenu « que la nullité des cautionnements des autres associés n'entraîne pas celle de l'engagement de Mme X qui, en sa qualité de gérant de la société débitrice principale, avait eu parfaite connaissance des modifications apportées au contrat de prêt le 12 août 1987, s'était elle-même chargée de recueillir les conditions exactes de l'octroi du prêt et que les échéances de celui-ci ayant été réglées jusqu'en 1995 elle ne pouvait en ignorer les conditions d'application ».

Mais, pour la Cour de cassation, en statuant ainsi, « alors que les conditions du prêt ayant été modifiées postérieurement à la souscription de l'engagement de caution de Mme X, celle-ci devait les accepter et que la connaissance qu'elle pouvait en avoir en sa qualité de dirigeant de la société débitrice ne suffisait pas à caractériser une telle acceptation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Par ailleurs, la cour d'appel avait soutenu que le fait que, dans ses conclusions de première instance, la société a indiqué ne pas contester le montant de la créance, constituait un aveu judiciaire opposable à sa gérante. Elle est censurée pour violation de l'article 1356 du code civil. Comme l'énonce la Cour de cassation, « l'absence de contestation par le représentant légal de la société débitrice principale du montant de la créance ne caractérise pas, de sa part, un aveu judiciaire qu'il en garantit personnellement le paiement en qualité de caution ».

Lamy sociétés commerciales 2014, n°s 2440 et 2444

## RESTRUCTURATIONS ET GROUPES DE SOCIÉTÉS

→ RLDA 5228

### UE : Consultation relative au contrôle des concentrations

**La Commission européenne invite les parties intéressées à donner leur avis sur les propositions de réforme figurant dans son Livre blanc pour un contrôle plus efficace des concentrations.**

Communiqué Comm. UE n° IP/14/801, 9 juill. 2014 ;  
Livre blanc COM(2014) 449 final, 9 juill. 2014

Si la réforme entreprise en 2004 a, pour la Commission, permis d'accroître « l'efficacité et la prévisibilité du régime [européen] de contrôle des concentrations », l'expérience acquise au cours des dix dernières années a « montré qu'il était possible d[en] améliorer encore certains aspects ».

Dans son Livre blanc intitulé « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'Union européenne » (UE), la Commission formule des propositions en ce sens. À ses yeux, le dispositif peut être amélioré selon deux axes principaux : traiter plus efficacement les participations minoritaires ne conférant pas de contrôle en ce qu'elles peuvent affecter les conditions de concurrence (1) ; simplifier et accélérer les procédures de renvoi (2).

1. La Commission propose un « réexamen allégé et sur mesure des acquisitions de participations minoritaires ne conférant pas de contrôle ». Ainsi qu'elle le rappelle, des entreprises peuvent acquérir des participations minoritaires dans des entreprises concurrentes et ainsi influencer leur comportement et réduire la concurrence sur le marché. Les règles de l'UE relatives aux concentrations ne permettent pas aujourd'hui à la Commission d'examiner ces effets, alors que le droit de certains États membres le permet. La réforme envisagée lui donnerait la possibilité d'examiner ces opérations, pour autant qu'elles soulèvent des problèmes de concurrence et ont un impact transfrontière au sein de l'UE. Dès lors, « toutes les sources de préjudice pour la concurrence seraient couvertes et un guichet unique serait créé pour ces opérations ».
2. Par ailleurs, le texte propose de « rendre les renvois d'affaires entre les États membres et la Commission plus favorables aux entreprises et plus efficaces ». Selon le Livre blanc, une **procédure simplifiée** permettrait aux entreprises qui notifient une opération de concentration de renvoyer plus facilement une affaire vers la Commission. En outre, les règles régissant les demandes des États membres visant à faire examiner une affaire par la Commission « seraient rationalisées de manière à éviter des enquêtes parallèles et à mieux mettre en œuvre le principe du guichet unique ». La nouvelle procédure permettrait également aux États membres « de mieux coopérer entre eux lorsqu'ils ne renvoient pas une affaire vers la Commission ».



Celle-ci entend du reste « favoriser la cohérence » des contrôles internes. Le Livre blanc dresse le bilan de l'utilisation des règles applicables et propose « une réflexion sur les moyens de favoriser la convergence entre les États membres afin de renforcer la coopération et d'éviter des divergences entre les décisions prises dans le cadre de procédures parallèles d'examen d'opérations de concentration menées par les autorités de concurrence de plusieurs États membres ».

Les contributions sont attendues d'ici le 3 octobre 2014. À la lumière des observations reçues, la Commission pourra présenter une proposition législative visant à réviser le règlement n° 139/2004 sur les concentrations.

Lamy sociétés commerciales 2014, n° 2116

### → RLDA 5229

## Groupe de sociétés : détermination de l'employeur

**Le salarié d'une filiale qui demande à la société mère le versement d'une indemnité de licenciement doit s'assurer de la qualité de co-employeur de cette dernière et donc qu'il existe entre les sociétés une confusion d'intérêts, d'activité et de direction.**

Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208, P+B

Une SARL unipersonnelle, la société M, est constituée en 2004, avec pour associé unique une société de droit américain, filiale de la société M-Inc (ci-après la société mère). Quatre ans plus tard, le comité d'entreprise de la société M est informé du projet de fermeture définitive du site. En 2009, les salariés font l'objet d'un licenciement collectif pour motif économique. Une partie d'entre eux saisit la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement des indemnités de rupture par la société mère. Entre-temps, la société M est mise en liquidation judiciaire, M. X étant désigné en qualité de mandataire liquidateur.

Pour dire que le conseil de prud'hommes est compétent pour connaître du litige opposant les salariés à la société mère et à M. X, pris en qualité de liquidateur de la société M, le juge d'appel relève que cette dernière était dirigée par des cogérants nommés par la société mère. Il observe que le protocole entre la société M et l'État était signé par Mme Y vice-présidente de la société mère et que les dirigeants de la filiale ne pouvaient engager celle-ci au-delà d'un certain plafond. Il note enfin que la société mère est intervenue pour la fermeture du site et pour faire fabriquer aux États-Unis les pièces jusque-là montées par la société M ainsi que pour produire des pièces destinées à être stockées par une autre société afin de prévenir un risque de grève.

Cette décision est censurée par la chambre sociale de la Cour de cassation. La qualité de co-employeur de la société mère ne saurait être retenue à l'égard des salariés.

La Cour rappelle, au visa de l'article L. 1221-1 du code du travail, que, hors l'existence d'un lien de subordination, non constitué en l'espèce, « une société faisant partie d'un groupe ne peut

être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière » (cf. Cass. soc., 6 juill. 2011, n° 09-69.689, Bull. civ. V, n° 185).

En l'espèce, « le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et que la société mère ait pris dans le cadre de la politique du groupe des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit engagée à fournir les moyens nécessaires au financement des mesures sociales liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois, ne pouvait suffire à caractériser une situation de co-emploi ». Ces éléments ne permettent pas d'établir une confusion d'intérêts, d'activité et de direction.

S'en dégage une acception restrictive du co-emploi, qui préserve assez largement le principe d'autonomie juridique des membres d'un groupe.

Lamy sociétés commerciales 2014, n° 2247

## VALEURS MOBILIÈRES

### → RLDA 5230

## OPA : modification du règlement général de l'AMF

**Un arrêté du 27 juin 2014 homologue les modifications apportées au règlement général pour intégrer les nouveautés introduites par la loi « Florange » du 29 mars 2014.**

Arr. min. 27 juin 2014, NOR : FCPT1414588A, JO 29 juin

Présentée en juin dernier dans nos colonnes (RLDA 2014/94, n° 5129 et 5136), la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, dite loi « Florange », contient plusieurs dispositions réformant le droit des offres publiques d'acquisition (OPA). L'objectif qui les sous-tend est de limiter le poids des actionnaires de court terme et de lutter contre les prises de participation hostiles ou rampantes.

Les innovations introduites par la loi ont provoqué des modifications du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Homologuées par l'arrêté du 27 juin, elles précisent les conditions et modalités d'application des mesures suivantes :

### 1) Introduction d'un seuil de caducité automatique

Aux termes du nouvel article L. 433-1-2, I, du code monétaire et financier, une offre publique à la clôture de laquelle son initiateur ne détient pas au moins 50 % du capital ou des droits de vote est caduque.

L'article 231-9 du règlement général de l'AMF reprend le principe posé. Il précise les cas d'exemption à l'application de ce seuil (Règl. gén. AMF, art. 231-9, I, 2°), l'articulation avec le seuil de renonciation qui peut être fixé par l'initiateur (Règl. gén. AMF, art. 231-9, II), le régime de suspension des droits de vote en cas d'offre obligatoire caduque et le régime des interventions en période d'offre pour lesquelles le seuil de caducité est applicable (Règl. gén. AMF, art. 231-38).

## 2) Élargissement des attributions du comité d'entreprise

L'article 8 de la loi confère des prérogatives renforcées au comité d'entreprise (CE) en cas d'OPA. Aussi peut-il se faire assister d'un expert rémunéré par l'employeur (C. trav., art. L. 2323-21-1 nouv.) et mettre en œuvre un droit de suite si l'offre a réussi (C. trav., art. L. 2323-26-1 A nouv.). En outre, il émet un avis sur l'opération (C. trav., art. L. 2323-23 mod.). En cas de difficultés d'accès aux informations nécessaires à la formulation de cet avis, il peut saisir le juge des référés (C. trav., art. L. 2323-23, II, nouv.).

Le règlement général de l'AMF, tel qu'amendé par l'arrêté susvisé, modifie le calendrier de l'offre pour tenir compte des nouvelles prérogatives du CE (Règl. gén. AMF, art. 231-26).

## 3) Abandon du principe de neutralité des organes de direction

Conformément à l'article 10 de la loi *Florange*, la neutralité des organes de direction en période d'offre n'est plus la règle mais l'exception (C. com., art. L. 233-32 et L. 233-33). Les sociétés qui le souhaitent pourront statutairement prévoir la neutralité des dirigeants.

Le règlement général de l'AMF apporte ici des précisions sur l'information à fournir en cas de mise en œuvre des mesures de défense (Règl. gén. AMF, art. 231-7) et la possibilité pour un initiateur de renoncer à son offre dans ce cas (Règl. gén. AMF, art. 232-11).

**OBSERVATIONS.** L'ensemble de ces mesures est détaillé dans un article très riche de Me Courteault dans cette Revue (RLDA 2014/96, n° 5248), auquel nous renvoyons le lecteur.

*Lamy sociétés commerciales 2014, n°s 4560 et s.*

## En bref...

### ANC : adoption d'un nouveau plan comptable général

Le collège de l'Autorité des normes comptables (ANC) a adopté le 5 juin 2014 un règlement n° 2014-03, qui remplace le règlement CRC n° 99-03 relatif au Plan comptable général et tous les autres règlements publiés depuis 1999. Il constitue la nouvelle référence comptable pour l'élaboration des comptes annuels de toutes les entités tenues d'établir des comptes. Le règlement devrait être homologué dans les prochaines semaines.

Sa publication s'accompagne de la sortie du Recueil des normes comptables françaises, regroupant autour de ce nouveau règlement, l'ensemble des textes comptables non réglementaires portant sur l'élaboration des comptes annuels, émis par les institutions en charge de la normalisation comptable (Conseil national de la comptabilité, Comité de la réglementation comptable, ANC). Ce recueil a pour but de faciliter l'accès au droit comptable par les utilisateurs qui ont ainsi à leur disposition l'intégralité des références et l'essentiel des dispositions sur un sujet donné dans un outil unique.

Communiqué ANC, 8 juill. 2014

### Simplification du régime de l'EIRL

La loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises allège les formalités incombant à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

**Modalités d'enregistrement des EIRL.** L'article 33 de la loi modifie l'article L. 526-7 du code de commerce qui définit les modalités de constitution du patrimoine affecté d'un entrepreneur individuel. Est mis en place une procédure de transfert automatique de la déclaration d'affectation effectuée par un entrepreneur individuel, ainsi que des actes et documents afférents, en cas de changement de registre de rattachement ou de lieu d'inscription au sein d'un même registre. Le transfert s'effectue par voie dématérialisée, sans qu'il soit nécessaire de procéder de nouveau à la vérification des pièces. La procédure de transfert automatique entre en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard douze mois à compter de la publication de la loi.

**Passage d'une entreprise individuelle au régime de l'EIRL.** Pour faciliter ce passage, la loi complète l'article L. 526-8 par un alinéa permettant que le bilan de clôture de l'entrepreneur individuel constitue le bilan d'ouverture de l'EIRL. Ainsi la primo-déclaration d'affectation pourra reprendre les éléments mobiliers

et, le cas échéant, immobiliers figurant au bilan du dernier exercice, à condition que celui-ci soit clos depuis moins de quatre mois à la date de dépôt de la déclaration (art. 34).

**Allègement des obligations comptables.** La loi modifie l'article L. 526-14 du code de commerce qui encadre les obligations de publication des données comptables des EIRL. La nouvelle rédaction de cet article ne prévoit que la publication annuelle du bilan de l'entreprise (art. 35).

On notera que l'article 32 de la loi envisage l'établissement d'un **statut unique de l'entreprise individuelle**. Celui-ci doit faire l'objet d'un rapport remis au Gouvernement et au Parlement, dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la loi, élaboré par un comité chargé de préfigurer cette création et dont la composition est fixée par décret. Ce rapport devra préciser les conditions dans lesquelles les statuts juridiques actuels, notamment de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée et de l'entrepreneur individuel, peuvent être simplifiés en vue de parvenir à un statut juridique unique.

L. n° 2014-626, 18 juin 2014, JO 19 juin





### Création de sociétés d'économie mixte à opération unique

La loi n° 2014-744 du 1<sup>er</sup> juillet 2014 met en place une nouvelle entité mixte, la société d'économie mixte (SEM) à opération unique. Elle complète ainsi la panoplie des outils dont disposent les collectivités territoriales pour assumer leurs compétences, avec les SEM locales et les sociétés publiques locales notamment.

La principale caractéristique de cette entité est l'organisation d'une seule procédure de mise en concurrence, non pas pour l'attribution du contrat à la société, mais pour le choix de la personne privée qui participera à la future entité. Dans ce cadre, la personne privée doit faire la preuve de sa capacité à apporter un capital suffisant au sein de l'entité mixte mais également de son expertise technique, opérationnelle et budgétaire permettant de répondre aux attentes et aux besoins de la collectivité publique pour la réalisation d'une opération (Rapport n° 199 [2013-2014] de M. Jacques Mézard, fait au nom de la commission des lois du Sénat).

L'article 1<sup>er</sup> de la loi introduit dans le Code général des collectivités territoriales, un titre spécifique consacré aux SEM à opération unique. Ce titre définit cette nouvelle entité ainsi que son

régime juridique (CGCT, art. L. 1541-1 à L. 1541-3 nouv.). Ces sociétés relèvent pour l'essentiel du droit en vigueur applicable aux sociétés d'économie mixte.

La SEM à opération unique revêt la forme de société anonyme. Par dérogation à l'article L. 225-1 du code de commerce, elle est composée d'au moins deux actionnaires : la collectivité initiatrice du projet objet du contrat et un partenaire opérateur, associé au capital après mise en concurrence. Elle est constituée pour une durée déterminée et a pour objet unique la réalisation de l'opération de service public, de construction ou d'aménagement dont l'exécution est l'objet du contrat. La société est dissoute de plein droit au terme du contrat ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré.

*L. n° 2014-744, 1<sup>er</sup> juillet 2014, JO 2 juill.*

### Publication du décret pris pour l'application de l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

Le décret précise les conditions d'application des dispositions de l'ordonnance précitée (Ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 ; RLDA

2014/92, n° 5030) qui instituent deux nouvelles procédures : la procédure de sauvegarde accélérée (C. com., art. L. 628-1 et s. ; D. n° 2014-736, 30 juin 2014, art. 76 et s.) et la procédure de rétablissement professionnel (C. com., art. L. 645-1 et s. ; D. n° 2014-736, préc., art. 111 et s.).

S'agissant des procédures existantes, le décret apporte les précisions rendues nécessaires par l'ordonnance. Il précise notamment les conditions de rémunération de certaines nouvelles missions pouvant être confiées aux mandataires de justice et les modalités possibles de la coordination intéressant des procédures ouvertes à l'égard de différentes entités composant un groupe de sociétés (Ord. n° 2014-326, art. 93 ; D. n° 2014-736, préc., art. 124).

Le texte n'est pas applicable aux procédures collectives en cours à l'exception des dispositions relatives au mandataire désigné en application du troisième alinéa de l'article L. 643-9 du code de commerce.

*D. n° 2014-736, 30 juin 2014, JO 1<sup>er</sup> juill.*