



WE OPEN THE WAY

CHARTRE INTERNE DU GROUPE SUR LES CONVENTIONS REGLEMENTEES

Mise en place par décision du Conseil d'administration du 13 janvier 2020

SOMMAIRE

PRÉAMBULE	1
I – Le champ d’application de la procédure de contrôle	1
A. Entités au sein du Groupe visées par la réglementation	1
B. Les conventions soumises à la procédure de contrôle	2
1. <i>La notion de convention réglementée</i>	2
2. <i>La notion d’intérêt indirect</i>	2
3. <i>La notion de personne interposée</i>	3
4. <i>La notion de dirigeants communs</i>	3
C. Les conventions libres non soumises à la procédure	4
D. Les conventions prohibées	4
E. Le cas particulier des opérations soumises à un contrôle spécifique	5
II – La pratique des conventions au sein du groupe : la procédure d’identification	6
A. Les critères de qualification pour définir une convention portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales	6
1. <i>Opérations courantes</i>	6
2. <i>Opérations conclues à des conditions normales</i>	6
3. <i>Le cas des conventions à faible ou à fort enjeu financier</i>	7
4. <i>Le cas des conventions intra groupe</i>	7
B. La procédure d’identification des conventions au sein de Colas SA	8
1. <i>Information préalable de la Direction Juridique et Conformité</i>	8
2. <i>Examen et qualification de la convention</i>	8
ANNEXE 1 – ETUDE DE LA CNCC « LES CONVENTIONS REGLEMENTEES ET COURANTES » (FEVRIER 2014)	10

PRÉAMBULE

La présente charte (la « Charte ») s'inscrit dans le cadre de la réglementation applicable aux conventions libres et réglementées, telle qu'en vigueur suite à la loi Pacte du 22 mai 2019.

Elle a pour objet (i) de rappeler le champ d'application de la procédure de contrôle des conventions réglementées et (ii) d'apporter des précisions quant à la procédure appliquée au sein du Groupe Colas (« le Groupe ») pour qualifier toute nouvelle convention et décider de la soumettre le cas échéant à la procédure d'autorisation requise par la loi.

La Charte s'applique à toutes les sociétés françaises du Groupe. Elle a été préparée en tenant compte notamment de l'étude de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes sur les conventions réglementées qui figure en Annexe (Annexe 1) et des recommandations de l'Autorité des marchés financiers (l'« AMF »)¹.

Elle est disponible sur le site internet de Colas SA.

I – LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PROCEDURE DE CONTROLE

A. Entités au sein du Groupe visées par la réglementation

Sont concernées par le régime des conventions dites « réglementées » les sociétés du Groupe constituées sous la forme de :

- société anonyme,
- société en commandite par actions,
- société par actions simplifiée,
- SARL et EURL,
- société civile,
- les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique (art. L 612-5 du Code de commerce).

À l'inverse, ne sont pas soumises au régime des conventions réglementées les sociétés en commandite simple, les sociétés en nom collectif et les GIE à objet commercial.

¹ Proposition n° 4.1 de la recommandation AMF 2012-05 du 2 juillet 2012 (modifiée le 5 octobre 2018), recommandant que la charte définisse les critères retenus par la société en adaptant le guide de la CNCC sur les conventions réglementées à sa propre situation et en accord avec ses commissaires aux comptes.

B. Les conventions soumises à la procédure de contrôle

1. La notion de convention réglementée

Selon l'article L.225-38 du Code de commerce, une convention est réglementée lorsqu'elle est conclue entre :

- **La société et, directement ou par personne interposée** (tel que défini au 3 ci-après) :
 - son directeur général,
 - un directeur général délégué,
 - l'un des membres du Conseil (en ce compris les personnes morales),
 - le représentant permanent d'un de ses administrateurs,
 - l'un de ses gérants,
 - l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10%² ou s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce (ou toute société faisant partie de sa chaîne de contrôle).
- **La société et une des personnes indirectement intéressées** (tel que définies au 2 ci-après), et ;
- **La société et une entité ayant un « dirigeant commun »** (tel que définie au 4 ci-après).

Il est précisé que, si une convention est passée avec une société sous le contrôle de la même société actionnaire (hypothèse de la société sœur), il conviendra de s'interroger sur le point de savoir si la société actionnaire n'est pas indirectement intéressée à la convention (auquel cas il faudrait soumettre la convention à la procédure des conventions réglementées) mais il n'existe surtout pas d'automatisme en la matière.

2. La notion d'intérêt indirect

Le Code de commerce vise non seulement les conventions entre la société et ses dirigeants ou actionnaires, mais dispose également que la procédure de contrôle est applicable lorsque le dirigeant ou actionnaire, sans être personnellement partie au contrat, est indirectement intéressé à celui-ci.

Le Groupe recommande de se référer à la définition de cette notion d'intérêt indirect³ formulée par l'AMF⁴ : « *Est considérée comme étant indirectement intéressée à une convention à laquelle elle n'est*

² Il est précisé que pour apprécier le seuil de 10 % des droits de vote, il conviendra, le cas échéant, de prendre en compte les actions à droit de vote double, les certificats de droit de vote, les actions d'autodétention et d'autocontrôle.

A noter que dans les SARL, il s'agit des conventions conclues entre la société et tout associé, quel que soit son pourcentage de détention du capital.

³ Il est précisé que les SAS et les SARL ne sont pas expressément visées par la notion d'intérêt indirect dans le Code de commerce.

⁴ Proposition n° 4.2 de la recommandation AMF n° 2012-05 du 5 octobre 2018.

pas partie, la personne qui, en raison des liens qu'elle entretient avec les parties et des pouvoirs qu'elle possède pour infléchir leur conduite, en tire ou est susceptible d'en tirer un avantage ».

Ainsi par exemple, l'intérêt indirect a été retenu dans le cas d'espèce suivant : un directeur général qui obtient le cautionnement par sa société des engagements d'une autre société dont il est le président, dès lors que ce soutien financier est le moyen de conforter sa position à la tête de l'entreprise et lui permet de poursuivre son mandat en bénéficiant des rémunérations et avantages de ses fonctions.

Une appréciation au cas par cas de l'intérêt indirect est ici nécessaire.

3. La notion de personne interposée

Une « personne interposée » s'entend de toute personne physique ou morale qui conclut avec la société une convention, dont le bénéficiaire réel est un des mandataires sociaux ou un actionnaire de ladite société.

L'interposition de personne est une question qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, ont été considérées comme des personnes interposées l'épouse du président et un prête nom qui avait acquis des biens sociaux grâce à des fonds procurés par le dirigeant avec qui la société avait refusé de traiter directement.

L'interposition de personne n'est que le révélateur d'un intérêt indirect, ce qui explique que les juridictions fassent cumulativement référence à ces deux notions.

4. La notion de dirigeants communs

La procédure des conventions réglementées ne se cantonne pas aux contrats conclus entre la société et ses dirigeants ou actionnaires.

L'article L 225-38 du Code de commerce vise également les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si un dirigeant de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

Il est précisé que la réglementation s'applique également aux conventions conclues entre une société française et une entreprise étrangère⁵.

La notion de « dirigeants communs » est prise au sens large et concerne :

- d'une part pour les sociétés anonymes, les administrateurs, directeurs généraux, directeurs généraux délégués, membres du Directoire ou du Conseil de surveillance et pour les SAS le

⁵ Bulletin CNCC décembre 2004 p 706

Président et les autres dirigeants (la qualité de ceux-ci dépendant du type d'organisation mis en place dans la SAS) ; et

- d'autre part, au niveau de l'entreprise, les administrateurs, les directeurs généraux, directeurs généraux délégués, les gérants, les membres du directoire ou du conseil de surveillance et, de façon générale, tous les dirigeants de cette entreprise.

Sont également soumises à autorisation préalable du conseil d'administration, les conventions entre une société et une entreprise, si l'un des dirigeants (administrateur, directeur général, directeur général délégué, membre du directoire...) de la société est **propriétaire de l'entreprise**⁶ ou **associé indéfiniment responsable**⁷.

C. Les conventions libres non soumises à la procédure

Selon l'article L.225-39 du Code de commerce ne sont pas soumises aux procédures de contrôle :

- les conventions portant sur des « **opérations courantes et conclues à des conditions normales** », telles que définies ci-après, et
- les conventions conclues entre « **deux sociétés dont l'une détient, directement ou indirectement, la totalité du capital de l'autre, le cas échéant déduction faite du nombre minimum d'actions requis pour satisfaire aux exigences de l'article 138 du Code civil ou des articles L.225-1 et L.226-1 du Code de commerce** ».

Ainsi lorsque qu'une convention est conclue entre société mère et sa filiale directe ou indirecte à 100%, elle est exclue du champ d'application du régime des conventions réglementées, le risque de conflit d'intérêt étant alors nul. Cette exception s'applique y compris en présence de dirigeants communs.

D. Les conventions prohibées

« À peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de sa société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers (...). La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. » (article L. 225-43 du Code de commerce).

⁶ Le terme « propriétaire » recouvre notamment le cas du dirigeant propriétaire d'une entreprise individuelle mais on peut raisonnablement l'étendre à d'autres hypothèses (comme, par exemple, le cas où le dirigeant détient la majorité du capital d'une SA, SAS ou SARL) ;

⁷ En pratique, il s'agit du cas où le dirigeant est associé d'une SNC, d'une société civile ou commandité dans une société en commandite.

À noter que les administrateurs personnes morales ne sont pas visés par cette interdiction afin de faciliter les opérations intra-groupe.

Par extension, cette interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des dirigeants précités ainsi qu'à toute personne interposée.

E. Le cas particulier des opérations soumises à un contrôle spécifique

La procédure des « conventions réglementées » ne s'applique pas aux conventions pour lesquelles le législateur a prévu une procédure de contrôle spécifique.

Tel est le cas en particulier de certaines opérations de restructuration (fusions, scissions, apports partiels d'actifs soumis au régime juridique des scissions) qui relèvent de la compétence de l'assemblée générale en vertu d'un texte spécial (art L 236-1 du Code de commerce) et ne sont pas soumises à la procédure de contrôle des conventions dites « réglementées ». Dans l'hypothèse d'apports en nature non soumis au régime juridique des scissions, il semble que la procédure ne s'applique pas chez la société bénéficiaire de l'apport car l'AGE se prononce sur l'évaluation de l'apport ; en revanche, la procédure est applicable chez la société apporteuse car l'AGE de cette dernière ne se prononce pas à l'occasion de l'apport⁸.

Tel est encore le cas de la fixation de la rémunération du Président, du directeur général et des directeurs généraux délégués qui échappe en principe à la procédure de l'article L 225-38 et relève néanmoins de la seule compétence du Conseil d'Administration en vertu des articles L 225-47 et L 225-53 du Code de commerce.

Dans les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé, la rémunération des dirigeants mandataires sociaux et la rémunération des administrateurs sont soumises chaque année au vote des actionnaires (*ex ante* et *ex post*, procédure dite du « *say on pay* »).

⁸ Communication ANSA avril - juin 1999, 3006

II – LA PRATIQUE DES CONVENTIONS AU SEIN DU GROUPE : LA PROCEDURE D'IDENTIFICATION

A. Les critères de qualification pour définir une convention portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales

Quelle interprétation faut-il donner à la notion « d'opérations courantes conclues à des conditions normales » ?

1. Opérations courantes

En première analyse, la notion de « conventions portant sur des opérations courantes » paraît pouvoir donner lieu à une interprétation très large compte tenu de son caractère très général.

Une jurisprudence abondante s'est efforcée d'en préciser les contours. Il s'agit certes d'une question de fait, de telle sorte que les divergences d'appréciation sont possibles, néanmoins, l'accord s'est réalisé sur l'essentiel.

La Cour de cassation (*i*) a considéré que constituaient des opérations courantes celles relevant de son activité statutaire (objet social) et que la société réalise de manière habituelle, (*ii*) ou encore les opérations qui sont effectuées par la société dans le cadre de son activité ordinaire et s'agissant d'actes de disposition, arrêtées à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à des opérations habituelles.

La Cour de cassation considère également que le caractère unique d'une convention est exclusif de la qualification d'opération courante.

Par ailleurs, une opération dont la nature est habituelle pour une société cesse d'être courante lorsque son enjeu économique est exceptionnel.

A tout le moins convient-il de conserver un principe de cohérence et de continuité dans l'interprétation de cette notion au niveau de chaque société.

2. Opérations conclues à des conditions normales

L'objectif de la réglementation consiste à exonérer de la procédure de contrôle les conventions pour lesquelles les conditions faites au cocontractant ne le font pas bénéficier de conditions plus avantageuses que celles qui seraient faites à un tiers.

Le concept de « conditions normales » est donc généralement défini comme recouvrant les « conditions comparables à celles ordinairement consenties par la société ou une société du même secteur d'activité pour le même type d'opération ».

La normalité s'appréciera, par conséquent, en premier lieu par référence aux conditions économiques et donc par rapport à un prix de marché ou par rapport à des conditions usuelles de place. La jurisprudence fait également référence à la notion « d'équilibre des avantages réciproques », ce qui invite à prendre en considération non seulement le prix proprement dit mais plus généralement l'ensemble des conditions auxquelles l'opération est conclue (délais de règlement, garanties, conditions de résiliation...).

3. Le cas des conventions à faible ou à fort enjeu financier

S'agissant d'opérations par hypothèse courantes, il paraît logique d'extraire, en principe, les conventions à faible enjeu financier du contrôle, en s'assurant toutefois d'une part que la faible contrepartie financière versée correspond à des conditions normales et d'autre part que le contrat ne revêt pas un enjeu significatif pour les cocontractants. En d'autres termes, une certaine prudence s'impose et il incombe à la Direction Juridique et Conformité d'apprécier la situation *in concreto* en fonction de la société concernée et de la relativité de la notion de « faible importance financière ».

A l'inverse, comme on l'a vu, pour les conventions à fort enjeu financier la prudence impose également de les soumettre, dans la plupart des cas, à la procédure de contrôle.

4. Le cas des conventions intra groupe

Faut-il considérer que les conventions habituellement conclues entre les sociétés d'un même groupe constituent des « opérations courantes » au sens de la réglementation ? Comment interpréter au sein d'un groupe la notion de « conditions normales » ? Certaines distinctions s'imposent :

4.1. Transactions commerciales relevant de l'activité habituelle de la société

Ces transactions ne posent pas de difficulté et peuvent être qualifiées « d'opérations courantes ».

Il convient cependant de noter que pour l'appréciation des « conditions normales » de l'opération, il faudra veiller à prendre en considération l'ensemble des contreparties liées à l'appartenance au groupe (par exemple un approvisionnement privilégié ou des facilités de trésorerie) car le prix ne peut constituer le seul critère de référence.

4.2. Autres opérations spécifiques aux groupes de sociétés

On vise ici notamment les conventions à caractère financier (convention de trésorerie, de compte courant, les prêts, abandon de créances, rémunération de garanties...), les conventions de services communs, les conventions de détachement de personnel, les conventions d'intégration fiscale, etc.

Eu égard à leur enjeu financier important, le Groupe soumet à la procédure de contrôle les conventions de services communs conclues chaque année entre Bouygues SA et Colas SA pour ses prestations en

matière de management, ressources humaines, finance, communication, développement durable, mécénat, nouvelles technologies, assurances, conseil juridique, conseil en innovation.

Par ailleurs, les diverses entités du Groupe sont amenées à contracter entre elles des conventions plus ponctuelles ou moins significatives. L'appréciation du caractère courant de ces conventions et de leurs conditions fera l'objet de la procédure décrite au B.2 ci-après.

B. La procédure d'identification des conventions au sein de Colas SA

La procédure décrite ci-dessous s'applique au sein de Colas SA, préalablement à la conclusion de toute convention et à l'occasion de toute modification, renouvellement y compris par tacite reconduction ou résiliation d'une convention conclue précédemment y compris lors d'un renouvellement, de la modification ou de la résiliation d'une convention initialement non soumise à la procédure de contrôle.

1. Information préalable de la Direction Juridique et Conformité

Préalablement à toute opération susceptible de constituer une convention réglementée, il est prévu que la Direction Juridique et Conformité soit informée immédiatement par :

- la personne directement ou indirectement intéressée ayant connaissance d'un projet de convention susceptible de constituer une convention réglementée et ;
- plus généralement, toute personne du Groupe (direction opérationnelle ou fonctionnelle) ayant connaissance d'un projet de convention susceptible de constituer une convention réglementée.

2. Examen et qualification de la convention

Il appartient ensuite à la Direction Juridique et Conformité et au secrétariat général Groupe le cas échéant, avec le support éventuel de la direction financière, de se prononcer sur la qualification de la convention : convention portant sur une opération courante et conclue à des conditions normales ou convention réglementée.

Lorsqu'une convention est conclue entre Colas SA et sa maison-mère Bouygues SA, cette appréciation est effectuée par le secrétaire général de Bouygues SA.

En cas de doute sur la qualification d'une convention, l'avis des commissaires aux comptes pourra être recueilli.

L'examen de qualification de toute nouvelle convention se réalise au regard d'une liste de catégories de conventions dressées par le Groupe et qui bénéficient d'une présomption de caractère courant.

Ainsi, le Groupe considère notamment que les conventions suivantes peuvent bénéficier d'une présomption de caractère courant :

- les conventions de détachement de personnel (très fréquentes et à facturer au prix de revient à la société utilisatrice) ;
- les transactions financières (prêts, avances, cautionnements, gestion d'un pool de trésorerie). Les conditions devront refléter par exemple le coût moyen du crédit obtenu par la société mère ou la filiale sur le marché ;
- les contrats de cession ou de prêt d'action à un mandataire social dans le cadre de l'exercice de ses fonctions ;
- les conventions de domiciliation à titre gratuit ; et
- les conventions de rémunération des garanties (à des conditions reflétant celles offertes sur le marché).

L'appréciation des "conditions normales" du niveau de facturation desdites transactions intragroupe doit être réalisé au cas par cas.

A cet égard, on peut considérer comme normale une facturation effectuée au prix de revient ou avec une marge raisonnable destinée à couvrir les frais indirects non affectés. A l'inverse, une tarification forfaitaire non fondée sur des éléments objectifs de coûts ne saurait constituer des conditions normales.

Conformément aux dispositions de l'article L.225-39, alinéa 2 du Code de commerce, les personnes directement ou indirectement intéressées à la convention ne participent pas à son évaluation.

Si, au terme de son évaluation, la Direction Juridique et Conformité a estimé que la convention était une convention réglementée, la procédure de contrôle sera alors appliquée et supervisée par cette dernière.

Cette procédure de contrôle se déroule conformément aux dispositions légales.

Par ailleurs, et conformément à la réglementation, une information sera publiée sur le site internet de la société au plus tard au moment de la conclusion de la convention réglementée.

Une fois par an, le conseil d'administration de Colas SA examine les conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs dont l'exécution s'est poursuivie au cours du dernier exercice. Lors de cette même réunion, il est rendu compte au conseil d'administration de l'application de la procédure mise en place pour évaluer les conventions courantes et conclues à des conditions normales.

**ANNEXE 1 – ETUDE DE LA CNCC « LES CONVENTIONS REGLEMENTEES ET COURANTES »
(FEVRIER 2014)**

COMPAGNIE
NATIONALE DES
COMMISSAIRES AUX
COMPTES

CNCC
COMPAGNIE
NATIONALE DES
COMMISSAIRES AUX
COMPTES



LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES ET COURANTES

FÉVRIER 2014

16, avenue de Messine 75008 Paris. France. www.cncc.fr

Département Édition
VENTES, INFORMATIONS SUR LES OUVRAGES
Tél. : 01 44 77 81 40 Fax : 01 44 77 82 27
cnccservices.edition@cncc.fr

CNCC
INFORMATIONS TECHNIQUES
Tél. : 01 44 77 82 82
Fax : 01 44 77 82 28



LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES ET COURANTES

FÉVRIER 2014

16, avenue de Messine 75008 Paris. www.cncc.fr

Département Édition
VENTES, INFORMATIONS SUR LES OUVRAGES
Tél. : 01 44 77 81 40 Fax : 01 44 77 82 27
cnccservices.edition@cncc.fr

CNCC
INFORMATIONS TECHNIQUES
Tél. : 01 44 77 82 82
Fax : 01 44 77 82 28

S O M M A I R E

Introduction	5
Préambule	7
I. Forme, nature et objet des conventions dans les sociétés commerciales	9
1. CONVENTIONS VISÉES - NOTION ET FORME	9
2. EXCLUSIONS	9
3. CONVENTIONS PORTANT SUR DES OPÉRATIONS COURANTES CONCLUES À DES CONDITIONS NORMALES	10
a) Opérations courantes	10
b) Opérations conclues à des conditions normales	11
4. CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES	13
a) Principe	13
b) Applications	13
<i>Convention de compte courant</i>	13
<i>Actes juridiques collectifs</i>	14
<i>Fusions et opérations assimilées</i>	14
<i>Achat d'un bien appartenant à un actionnaire</i>	14
<i>Rémunérations et avantages accordés aux dirigeants</i>	15
<i>Engagements liés à la cessation des fonctions de dirigeants dans une société non cotée</i>	16
<i>Engagements pris au bénéfice des dirigeants, à raison de la cessation ou du changement de leurs fonctions, dans les sociétés dont les titres de capital ou de créance sont admis aux négociations sur un marché réglementé</i>	16
1. Principe général de soumission à la procédure des conventions réglementées	16
2. Dispositif de contrôle des conventions réglementées visées ci-dessus, renforcé pour les engagements soumis à conditions de performance	17
II. Conventions dans les groupes	20
1. CONTEXTE	20
a) Exposé du problème	20
b) Notion de groupe	20

c) Cas particuliers	21
<i>Filiales à 100 %</i>	21
<i>Notion d'intérêt indirect</i>	21
2. APPLICATION AU GROUPE DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX CONVENTIONS INTERDITES	21
3. CONVENTIONS INTRAGROUPE RÉGLEMENTÉES	23
a) Abandon de créances, subventions et prêts sans intérêt	23
b) Cautions et garanties données par une société mère au bénéfice de tiers en faveur d'une de ses filiales	23
c) Prise en charge par une société mère des dommages environnementaux causés par une filiale	23
d) Convention de trésorerie	24
e) Engagements pris au bénéfice de dirigeants de sociétés cotées contrôlantes ou contrôlées	24
4. CONVENTIONS INTRAGROUPE SOULEVANT DES INTERROGATIONS	25
a) Transactions commerciales habituelles	25
b) Frais communs du groupe	25
c) Personnel détaché	27
d) Transactions sur immobilisations	27
e) Transactions financières	28
f) Cas particulier de l'intégration fiscale	29
<i>Caractère courant de la convention</i>	30
<i>Caractère normal de la convention</i>	30
III. Annexes	32
ANNEXE 1 : LA NOTION D'INTÉRÊT INDIRECT	32
ANNEXE 2 : TEXTES CITÉS	34

Introduction

La présente étude a été établie par la Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes (CNCC) dans le but de fournir un éclairage sur la distinction entre les conventions qu'on peut qualifier de « libres », lorsqu'elles sont courantes et conclues à des conditions normales et celles dites « réglementées ». Cette étude mentionne aussi les conventions qui sont exclues de la procédure de contrôle dans la mesure où elles font l'objet d'une procédure spécifique (rémunérations des dirigeants, cautions, avals et garanties, etc.).

Alors qu'une précédente étude de la CNCC de 1990 était uniquement destinée à clarifier ces notions à l'intérieur d'un même groupe, celle-ci fait le choix dans une première partie d'exposer des règles générales et d'examiner dans une seconde partie leur application dans les groupes.

Cette étude, qui s'est appuyée le plus souvent possible sur les décisions de jurisprudence rendues en la matière, a fait l'objet d'une concertation entre la CNCC, d'une part, et le Haut Conseil du Commissariat aux Comptes (H3C) ainsi que l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), d'autre part. Elle a également été enrichie par les observations recueillies auprès de l'AFEP et du MEDEF.

L'établissement de ce document figure dans la recommandation AMF n° 2012-05, qui reprend une proposition issue du rapport final sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées du 2 juillet 2012, émanant du groupe de travail présidé par M. Olivier Poupart-Lafarge, membre du collège de l'AMF (1).

La présente étude est destinée tant aux sociétés commerciales cotées et non cotées qu'à leurs commissaires aux comptes. De nombreuses informations, précisions, ou citations sont issues de l'Étude Juridique CNCC « Les conventions entre les entités et les personnes intéressées » de mai 2004 ainsi que de la Note d'information n° IX « Le rapport spécial du commissaire aux comptes sur les conventions et engagements réglementés » de juin 2011.

(1) Proposition n° 19 : Actualiser l'étude de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) datant de 1990 sur les conventions intragroupe. Ce document permet d'aider les dirigeants à apprécier notamment ce que recouvre la notion de « convention courante conclue à des conditions normales ». L'actualisation d'un tel guide pourrait être initiée par la CNCC en concertation avec le Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C) et l'AMF, et en liaison avec les associations représentatives d'émetteurs et d'actionnaires. Le nouveau guide pourrait à la fois traiter des conventions passées à l'intérieur d'un groupe, et des conventions hors groupe.

Préambule

Il paraît utile de rappeler en préambule de cette étude l'importance de la notion d'intérêt indirect instituée par l'alinéa 2 de l'article L. 225-38 du code de commerce aux termes duquel :

« Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée.

Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise. »

Il s'agit d'une notion complexe qui a été analysée par la CNCC dans son étude juridique consacrée aux « conventions entre les entités et les personnes intéressées » (2) et qui est reproduite en annexe de la présente étude.

(2) Étude juridique CNCC *Les conventions entre les entités et les personnes intéressées* mai 2004, p. 45 et 46.

I. Forme, nature et objet des conventions dans les sociétés commerciales

1. CONVENTIONS VISÉES - NOTION ET FORME

Les textes régissant les conventions s'appliquent quel que soit la nature ou l'objet et quelle que soit la forme, verbale (3) ou écrite, desdites conventions.

Le champ de la procédure de contrôle est extrêmement vaste et s'applique, par exemple, à la vente, au bail, au prêt ou à la prestation de services.

La notion de convention comprend, au-delà des accords de volonté générateurs d'obligations (les contrats y compris les contrats unilatéraux qui n'engendrent d'obligation qu'à la charge d'une partie), tous les accords de volonté qui ont pour objet de modifier ou d'éteindre une obligation, ou encore qui ont pour objet de faire naître, de modifier, de transmettre ou d'éteindre un droit autre que personnel (4).

2. EXCLUSIONS

La convention s'oppose à l'engagement unilatéral, qui est l'acte par lequel la volonté d'une seule personne suffit à produire un effet de droit et qui échappe aux dispositions légales visant les seules « conventions ». Sont ainsi des actes unilatéraux :

- l'allocation pour service rendu accordée à la veuve du président ;
- la répartition inégale (5) de jetons de présence au sein du conseil ;
- l'obligation de soins gratuits accordée à l'administrateur d'une polyclinique.

Mais la qualification précise d'un acte unilatéral est difficile, le caractère conventionnel étant, en la matière, parfois sous-jacent. Tel serait le cas, par exemple, de la promesse faite par un conseil d'administration d'indemniser un administrateur ou d'acquiescer ses titres en cas de révocation : cette promesse est constitutive d'un contrat unilatéral et donc soumise à la procédure de contrôle.

Par ailleurs ne sont pas visées par la procédure de contrôle :

- les rémunérations fixes ou variables au titre de leur mandat social du président, du directeur général et des directeurs généraux délégués déterminées par le conseil d'administration ainsi que celles des membres du directoire déterminées par le conseil de surveillance dans les SA (voir infra) ;
- la détermination de la rémunération du gérant d'une SARL ou du président d'une SAS, par l'assemblée des associés (6) ;
- les cautions, avals et garanties qui font l'objet d'une procédure spécifique dans les SA avec autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance (articles L. 225-35 al. 4 et L. 225-68 al. 2 du code de commerce) ;

(3) Toutefois le devoir de communication paraît imposer la forme écrite des conventions. Voir Étude juridique CNCC - *Les conventions entre les entités et les personnes intéressées*, mai 2004, p. 67.

(4) Étude juridique CNCC - *Les conventions entre les entités et les personnes intéressées*, mai 2004, p. 58.

(5) R.M. à M. Lauriol, *JO déb. AN.*, 29 juillet 1985, p. 3572, *Bulletin CNCC* n° 59, septembre 1985, p. 381.

(6) Cass. com. 4 mai 2010, D. 2010, p. 1206, A. Lienhard ; *Rev. Sociétés* 2010, p. 222, A. Couret ; *Bull. Joly* 2010, p. 647, n° 134, B. Dondero ; *RJDA* 2010, p. 786, rapport M. Pietton ; *JCP E.* 2010, 1993, n° 3, Fl. Deboissy et G. Wicker. Solution réaffirmée par Cass. com. 4 oct. 2011, *Rev. Sociétés* 2012, p. 38, D. Schmidt ; *Bull. Joly* 2011, p. 968, B. Dondero.

- la lettre d'intention telle que définie à l'article 2322 du code civil, qui constitue une garantie au sens des articles L. 225-35 et L. 225-68 susvisés (7).

3. CONVENTIONS PORTANT SUR DES OPÉRATIONS COURANTES CONCLUES À DES CONDITIONS NORMALES

Les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ne sont pas soumises au dispositif prévu par les articles L. 225-38 (SA à conseil d'administration), L. 225-86 (SA à conseil de surveillance), L. 226-10 (SCA), L. 227-10 (SAS), L. 223-19 (SARL) du code de commerce (8).

Il convient en conséquence de préciser ce qu'il faut entendre par « opérations courantes » et par « conditions normales », étant précisé que l'appréciation judiciaire des notions d'opération courante et des conditions normales demeure évidemment très liée aux circonstances de chaque espèce.

a) Opérations courantes

Les opérations courantes sont celles que la société réalise habituellement dans le cadre de son activité sociale. L'appréciation s'opère de façon objective. C'est ainsi que peuvent être prises en considération :

- l'activité ordinaire de la société (ex. vente des produits fabriqués par la société),
- des pratiques usuelles pour des sociétés placées dans une situation similaire (location d'immeuble, obtention de financements).

La répétition est une présomption du caractère courant. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée très nettement dans un arrêt du 11 mars 2003, en décidant que du caractère unique d'une convention découle son caractère exceptionnel, exclusif de la qualification d'opération courante (9).

Mais le critère d'habitude n'est pas à lui seul déterminant, il convient de prendre également en considération les circonstances qui ont entouré la conclusion de la convention, de même que sa nature et son importance juridique ou ses conséquences économiques, voire sa durée (même si celle-ci est conforme à celle pratiquée pour des conventions identiques) (10). Ainsi, une Cour

(7) Paris, 18 octobre 2011 n° 10/24058 - Ph. Merle, Sociétés commerciales, Précis Dalloz 2012 § 397.

(8) Depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, dans les sociétés anonymes et dans les sociétés en commandite par actions, les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales intervenant entre la société et l'une des personnes « intéressées » au sens des articles L. 225-38 (SA à conseil d'administration/SCA) et L. 225-86 (SA à conseil de surveillance) du code de commerce, non soumises à la procédure d'autorisation préalable, n'ont plus à être communiquées par l'intéressé au président du conseil d'administration ou de surveillance.

De plus, le président n'a plus à établir une liste de ces conventions, avec l'indication de leur objet et à la communiquer aux membres du conseil d'administration ou de surveillance et aux commissaires aux comptes.

En conséquence, cette liste n'a plus à être communiquée aux actionnaires de ces sociétés qui en feraient la demande.

Depuis la même loi, dans les sociétés par actions simplifiées, les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales intervenant entre la société et l'une des personnes « intéressées » au sens de l'article L. 227-10 du code de commerce n'ont plus à être communiquées aux commissaires aux comptes, ni aux actionnaires qui en feraient la demande.

(9) Cass. com. 11 mars 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 684, note D. Vidal (à propos du contrat de présentation de clientèle d'un médecin psychiatre). Cette solution avait déjà été donnée par une réponse ministérielle Lebas, *J. O. déb. Ass. nat.*, 4 avril 1969, p. 870 : sont des opérations courantes « celles qui sont effectuées par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité ».

(10) Étude juridique CNCC - *Les conventions entre les entités et les personnes intéressées*, mai 2004, p. 62.

d'appel avait jugé courante une promesse d'achat d'actions car la société promettante avait pour activité habituelle, en sa qualité de holding, la prise de participations ; l'arrêt a été cassé au motif qu'il convenait de s'intéresser avant tout aux circonstances dans lesquelles la promesse avait été consentie (11).

Il ressort de la jurisprudence que la qualification d'opération courante ne devrait pas être retenue pour la convention de crédit-bail, la cession d'immeuble ou celle d'un matériel important, ou encore le transfert d'actif, même si l'objet des sociétés en présence prévoit ce type d'opérations, y compris dans un groupe de sociétés, dès lors que l'opération concernée apparaît isolée ou « lourde ». Ainsi, a-t-il été jugé que le renouvellement d'un bail commercial qui engage la société pour neuf ans, même avec faculté de résiliation triennale, ne peut être considéré comme une opération courante (12).

En revanche, les actes suivants constituent des opérations courantes (sauf conditions particulières) :

- achat ou vente habituel entrant dans l'objet social ;
- prestation de services accompagnant habituellement le processus de production ou de distribution ;
- renouvellement courant de matériel.

Ont été également considérées comme opérations courantes :

- la conclusion d'un contrat de pigiste passé par une personne avec une société d'édition (13) dont cette personne est administrateur ;
- la vente par le président directeur général à la société de bungalows lui appartenant, dès l'instant où il s'agit d'une opération semblable à celle effectuée par la société d'une manière habituelle dans le cadre de son activité (14) ;
- la cession de brevets (15), par une personne, à une société dont cette personne est administrateur.

b) Opérations conclues à des conditions normales

Selon une réponse du Ministre de la justice, ces opérations sont définies comme celles qui sont effectuées par la société « *aux mêmes conditions que celles qu'elle pratique habituellement dans ses rapports avec les tiers* » (16) de telle sorte que l'intéressé ne retire pas de l'opération un avantage qu'il n'aurait pas eu s'il avait été un fournisseur ou client quelconque de la société.

Toujours selon cette même source ministérielle, il convient de « *tenir compte des conditions dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables non seulement dans la société en cause mais encore dans les autres du même secteur d'activité* ».

(11) Paris, 10 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 338, note J.-J. Daigre et Cass. com. 11 juill. 2000, *Bull. Joly* 2001, p. 34 note P. Le Cannu ; D. 2001 jur. p. 2024, note S. Zeidenberg.

(12) Nancy, 10 février 1988, *Dr sociétés* n° 178, p. 9.

(13) Paris 25^e ch., 1^{er} février 1979 : *Juris-Data*, n° 0080.

(14) Paris 3^e ch., 27 janvier 1982 : *Juris-Data* n° 024111.

(15) Paris, 1^{er} ch. 4 juin 2003, *BRDA* 2003, n° 22 p. 3.

(16) R.M. à M. Valbrun, *JO déb. A.N.*, 31 mars 1977, p. 1398, *Bulletin CNCC* n° 25, mars 1977, p. 102.

Les conditions peuvent être anormales si la convention comporte des clauses de faveur, par exemple une clause d'exclusivité, ou encore des conditions particulières non consenties à l'ensemble de la clientèle.

Sont donc normales les conditions :

- habituellement consenties par la société ;
- généralement pratiquées dans un même secteur d'activité ou pour un même type d'opération.

Par conditions, il faut entendre les clauses de la convention telles que celles concernant l'objet, le prix, les délais de règlement et les garanties accordées.

Le caractère normal ou anormal des conditions des conventions conclues s'apprécie par référence à des données économiques. Par exemple :

- les prix et les délais de règlement convenus sont considérés comme normaux lorsqu'ils sont semblables à ceux habituellement consentis à un client ordinaire ou pratiqués par un fournisseur ordinaire pour des quantités comparables (17) ;
- un prix qui serait éloigné des cours du marché ou de ceux appliqués par la concurrence ne saurait être considéré comme fixé dans des conditions normales. C'est ainsi que n'ont pas été reconnues comme conclues à des conditions normales des conventions d'engagement de livraison et d'approvisionnement réciproques à des prix fixés invariablement sur une période de plus de dix ans, avec la seule possibilité d'en demander la révision en cas d'augmentation de plus de 25 % du prix des mêmes produits vendus par la concurrence (18) ;
- un prix de vente qui serait fixé à son coût de revient ne paraît pas revêtir un caractère normal et relève des dispositions de l'article L. 225-38, sauf si des conditions identiques sont applicables à l'égard des clients ordinaires de la société, par exemple lors d'une campagne promotionnelle. Encore faut-il, dans ce dernier cas, que la transaction, objet de la convention, porte sur des quantités comparables à celles habituellement traitées par la société avec les tiers (19) ;
- la durée et les facultés de rupture doivent également être considérées, car ce qui semble économiquement équilibré à court terme peut ne plus l'être le temps passant (20) ;
- la vente à un dirigeant, à un prix identique à celui pratiqué pour la clientèle, mais avec des délais de paiement plus longs, n'est pas une convention conclue à des conditions normales.

La similitude avec des conventions habituellement conclues avec des tiers est un élément d'appréciation du caractère courant sans présenter un caractère absolu de normalité.

À titre indicatif, on citera quelques illustrations des principales applications faites en jurisprudence. Ont été considérés :

- comme opération courante conclue à des conditions normales, dans une société non cotée sur un marché réglementé, le versement d'un pécule à un directeur général lors de son départ en retraite du moment que tous les cadres de l'entreprise pouvaient bénéficier de ce pécule et qu'aucun avantage particulier n'avait été consenti à l'intéressé (21) ;

(17) Cass. com., 9 avril 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 677, note P. Le Cannu ; *Rev. Sociétés* 1996, 788, note Y. Guyon.

(18) Paris, 18 mars 1959, *Rev. Sociétés* 1959, p. 192, concl. Lambert ; *Gaz. Pal.* 1959, 2, p. 6.

(19) Paris, 17 octobre 2003, *Bull. Joly* 2004, p. 224, note D. Schmidt ; *J.C.P.* éd. E. 2004, p. 428, note J.-F. Barbieri.

(20) Aix-en-Provence, 9 mars 1994, *RJDA* 1994, n° 935, p. 743 ; *Bull. Joly* 1995, p. 325, note E. Putman.

(21) Paris, 18 oct. 1977, *Bull. Joly* 1977, p. 663.

- comme conventions réglementées :
 - une augmentation de salaire importante et exceptionnelle dont un PDG a bénéficié au titre d'un contrat de travail antérieurement conclu avec la société (22) ;
 - la rétribution des services rendus par les administrateurs et directeurs généraux sous forme de pourcentage sur le chiffre d'affaires (23) ;
 - une location de terrain nu sur lequel devait être édifée une usine qui, à la fin du bail, devenait la propriété du bailleur administrateur et PDG de la société locataire (24) ;
 - une promesse d'achat d'actions (25).

4. CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

a) Principe

Les articles L. 225-38 et L. 225-86 du code de commerce visent, pour les sociétés anonymes, toute convention intervenant entre une société et l'une des personnes visées par la réglementation, dès lors que cette convention ne figure pas parmi celles dont la conclusion est libre ou, au contraire, prohibée.

Il existe des dispositions similaires concernant les autres types de sociétés commerciales soumises à la réglementation.

b) Applications

Convention de compte courant

L'ouverture d'un compte courant à un administrateur et la fixation des modalités de fonctionnement dudit compte ne constituent pas des conventions réglementées lorsqu'elles sont prévues par les statuts, sous réserve que ce compte reste créditeur si l'administrateur est une personne physique, la situation inverse (compte débiteur d'un administrateur personne physique) étant prohibée (article L. 225-43 du code de commerce pour les SA à conseil d'administration) et susceptible de constituer un abus de biens sociaux. En revanche, le Ministre de la justice a précisé dans une réponse ministérielle que l'ouverture d'un compte courant non prévue par les statuts, la fixation de la rémunération d'un compte courant, ou toutes autres modalités, telle l'absence de rémunération, sont soumises à la procédure de contrôle (26). Cette analyse s'applique à toute personne entrant dans le champ de la procédure des conventions réglementées.

Par ailleurs, et à titre d'exemple, si le PDG d'une SA emprunte personnellement auprès d'une banque, met immédiatement les fonds à la disposition de la société et fait assumer par celle-ci les charges de l'emprunt, une telle convention ne paraît pas pouvoir être classée parmi les opérations courantes et doit donc être autorisée au préalable par le conseil et soumise par la suite à l'approbation de l'assemblée (27).

(22) Cass. soc. 5 nov. 1982 n° 81-14.886 Bull. civ. V n° 602, *Rev. Sociétés* 1983 p. 567, note Burgard.

(23) Versailles 13 mai 1985 D 1987 jur. p. 404 note Boizard.

(24) T. com. Paris 26 mars 1976, RJ com. 1977 p. 413.

(25) Cass. Com. 11 juillet 2000, Dalloz 2001, p. 2024, note Zeidenberg.

(26) R. M. à M. Liot, *JO déb. Sénat* 20 août 1974, p. 1084 ; *Bull. Joly* 1974, p. 474, § 242 ; *Bulletin CNCC* n° 15, octobre 1974, p. 307.

(27) R. M. à M. Valbrun, *JO déb. AN* 17 janv. 1976, p. 258.

Enfin, lorsqu'un abandon de créance en compte courant fait l'objet d'un contrat, avec ou sans clause de retour à meilleure fortune entre, par exemple, une société anonyme, d'une part, et le PDG et le directeur général de cette société, d'autre part, il constitue une convention réglementée soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration (28).

Actes juridiques collectifs

Les actes juridiques collectifs visent à satisfaire un but commun à tous les participants. Il s'agit de conventions réglementées dès lors que les partenaires à ces conventions sont visés par les textes. Ainsi devrait être soumise à la procédure de contrôle des conventions réglementées la constitution d'une société dans laquelle sont associés une société anonyme et un ou plusieurs de ses administrateurs ou actionnaires importants ; il en irait de même en cas de constitution d'une société entre une SARL et ses gérants, ou ses associés. Cependant, la question se pose pour chaque cas d'espèce. Ainsi, la création d'une filiale par la société mère est une opération courante au sein d'un groupe.

En revanche, certains auteurs considèrent que la souscription à l'augmentation de capital d'une société par une autre société ressort d'un mécanisme institutionnel et non pas conventionnel pour la société qui souscrit et échappe à la procédure de contrôle (29). Pour la société qui procède à l'augmentation de capital, la procédure de contrôle est inutile puisque la décision est du ressort de l'assemblée générale.

Fusions et opérations assimilées

La procédure des conventions réglementées ne s'applique pas aux opérations de fusion-absorption ou de scission (30) et d'apport partiel d'actif soumis au régime juridique des scissions (31) entre deux sociétés ayant des dirigeants communs puisque ces opérations sont soumises à une procédure spécifique.

A contrario, la convention d'apport non soumise au régime des scissions doit être soumise à la procédure des conventions réglementées chez la société apporteuse mais non chez la société bénéficiaire dont l'assemblée est consultée.

Enfin, la décision de dissolution d'une société, à la suite de la réunion de toutes les parts sociales en une seule main avec transmission universelle de patrimoine (article 1844-5 du code civil) étant une décision unilatérale de l'associé unique, cette opération n'est pas visée par la procédure de contrôle des conventions réglementées.

Achat d'un bien appartenant à un actionnaire

Dans une société anonyme, l'achat d'un bien appartenant à un actionnaire qui serait simultanément administrateur ou qui disposerait de plus de 10 % des droits de vote, relève de la procédure spécifique prévue à l'article L. 225-101 du code de commerce (acquisition d'un bien d'une valeur au moins égale à 10 % du capital, dans les deux ans suivant l'immatriculation de la société), qui exclut la procédure des articles L. 225-38 et suivants du code de commerce.

(28) EJ 84-204 *Bulletin CNCC* n° 57, mars 1985, p. 136.

(29) Lamy sociétés commerciales, 2012, § 3721 ; voir également *Bulletin CNCC* n° 14, juin 1974, p. 205.

(30) Cass. com., 7 juin 1963, JCP éd. G. 1963, II, 13374.

(31) Paris, 6 avril 2001, RJDA 10/2001, n° 982, p. 842.

En tout état de cause, la procédure de contrôle devient applicable au-delà du délai de deux ans prévu par l'article L. 225-101 du code de commerce.

Rémunérations et avantages accordés aux dirigeants

La qualification des rémunérations attribuées aux dirigeants est délicate car il faut distinguer celles qui ont un caractère institutionnel et qui relèvent à ce titre d'une procédure spécifique, ou qui résultent d'une délibération d'assemblée, de celles qui ont un caractère conventionnel. On retiendra les illustrations suivantes :

- Rémunérations et avantages non soumis à la procédure de contrôle :
 - contrat de travail conclu avec un administrateur avant son entrée en fonction ;
 - assurance chômage de type GSC (Garantie sociale des chefs et dirigeants d'entreprise) (32) ;
 - jetons de présence dont le montant global est approuvé par l'assemblée générale et leur répartition décidée par le conseil d'administration (article L. 225-45 du code de commerce) ;
 - rémunérations au titre de leur mandat social du président, du directeur général et des directeurs généraux délégués déterminées par le conseil d'administration (articles L. 225-47 et L. 225-53 du code de commerce) ainsi que celles des membres du directoire déterminées par le conseil de surveillance (article L. 225-63 du code de commerce) ; rémunération du président de la SAS au titre de son mandat social, dès lors qu'elle est fixée par une décision collective des associés ou qu'elle résulte de dispositions statutaires. *A contrario*, tout autre mode de fixation de la rémunération du président présente un caractère contractuel et doit être soumis à la réglementation prévue pour ce type de société ;
 - options de souscription ou d'achat d'actions et attributions gratuites d'actions et au profit des dirigeants sociaux, qui font l'objet d'une procédure spécifique (articles L. 225-185 et L. 225-197-1 du code de commerce) ;
 - rémunération du gérant d'une SARL fixée par l'assemblée des associés, le gérant pouvant, s'il est associé, prendre part au vote (33) ;
 - remboursement de frais de réception à domicile engagés par un administrateur ou un dirigeant dans l'intérêt de la société et autorisé par le conseil d'administration dans le cadre de l'article R. 225-33 du code de commerce. En revanche, si le remboursement de ces frais n'a pas été autorisé par le conseil d'administration, ledit remboursement sera soumis à la réglementation.
- Rémunérations et avantages soumis à la procédure de contrôle :
 - renouvellement du contrat de travail à durée déterminée d'un administrateur ;
 - modification substantielle du contrat de travail d'un administrateur autre que celles s'appliquant à l'ensemble du personnel (34) ;

(32) La CNCC estime qu'une telle garantie constitue un avantage en nature déterminé par le conseil d'administration ou le directoire et pris en charge par l'entreprise et non une convention réglementée (E.J. 2012-17).

(33) Les arrêts du 4 mai 2010 et du 4 octobre 2011 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation mettent fin à l'incertitude doctrinale et jurisprudentielle sur ce sujet, exposée dans le *Bulletin CNCC* n° 150, juin 2008, p. 304.

(34) Par exemple : promotion du salarié dans la hiérarchie de l'entreprise, accroissement de sa rémunération etc. (Étude juridique CNCC susvisée § 73, voir également *Bulletin CNCC* n° 102 p. 288).

- souscription d'un contrat d'assurance-vie au profit du président ou d'un administrateur sauf si elle s'inscrit dans un accord collectif couvrant l'ensemble d'une même catégorie de salariés ;
- rémunérations exceptionnelles allouées par le conseil pour des missions ou mandats confiés à des administrateurs dont le principe est expressément admis par l'article L. 225-46 du code de commerce.

Engagements liés à la cessation des fonctions de dirigeants dans une société non cotée

S'agissant de l'attribution d'un avantage en nature ou d'un complément de retraite au président d'un conseil d'administration ou au directeur général d'une société dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, l'analyse est délicate. Un simple complément de rémunération, échappe à la procédure de contrôle édictée par les articles L. 225-38 et suivants du code de commerce. Or, selon une jurisprudence constante (35), l'assimilation d'un complément de retraite à un complément de rémunération, échappant au contrôle, suppose la réunion de trois conditions :

- l'avantage consenti doit être la contrepartie des services particuliers rendus par l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions ;
- cet avantage doit être proportionné à ces services ;
- il doit, enfin, ne pas constituer une charge excessive pour la société.

En revanche, s'il s'analyse en une indemnité particulière (par exemple indemnité conventionnelle de départ), il est soumis à cette procédure.

De même est soumise à la procédure de contrôle une indemnité résultant d'une clause de non concurrence.

Engagements pris au bénéfice des dirigeants, à raison de la cessation ou du changement de leurs fonctions, dans les sociétés dont les titres de capital ou de créance sont admis aux négociations sur un marché réglementé

Les engagements consentis aux dirigeants de ces sociétés à raison de la cessation ou du changement de leurs fonctions ou postérieurement à celles-ci sont expressément soumis à la procédure des conventions réglementées (voir 1 ci-dessous). Par ailleurs, la validité de certains de ces engagements est conditionnée au respect obligatoire de critères de performance (voir 2 page suivante).

1. Principe général de soumission à la procédure des conventions réglementées

Le dispositif de contrôle prévu aux articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 du code de commerce :

- vise les dirigeants (président, directeur général, directeur général délégué et membres du directoire) des sociétés dont les titres de capital ou de créance sont admis aux négociations sur un marché réglementé ;
- est applicable aux engagements résultant soit d'une convention conclue entre le dirigeant et la société cotée qu'il dirige ou une société contrôlée ou une société qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16 du code de commerce, soit d'une décision unilatérale de l'organe compétent ;

(35) Cf. en particulier, Cass. com. 3 mars 1987, Gazette du Palais 1987.I.264 relatif à un complément de retraite accordé à un dirigeant.

- concerne également les engagements contenus dans les stipulations des contrats de travail conclus avec la société cotée ou une société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16 du code de commerce, des salariés accédant à des fonctions de dirigeant en application des articles L. 225-22-1 et L. 225-79-1 du code de commerce. Cette disposition ne concerne que les sociétés anonymes et n'est donc pas applicable à la société en commandite par actions.

Les engagements soumis à la procédure de contrôle correspondent à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages de toute nature, dus ou susceptibles d'être dus, en cas de cessation ou de changement de fonctions du dirigeant bénéficiaire ou postérieurement à une cessation ou un changement de fonctions ; par exemple, les indemnités de départ (encore appelées « parachutes dorés »), les retraites supplémentaires (36), les avantages tels que le maintien des régimes de prévoyance, les indemnités de non-concurrence et tout autre avantage (37) quelles qu'en soient les modalités.

Ces engagements sont soumis à la procédure et aux sanctions prévues par les articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42 du code de commerce, à savoir :

- information du conseil par l'intéressé ;
- autorisation préalable du conseil ;
- avis au(x) commissaire(s) aux comptes dans un délai d'un mois ;
- établissement du rapport spécial par le(s) commissaire(s) aux comptes ;
- soumission à l'approbation de l'assemblée générale.

2. Dispositif de contrôle des conventions réglementées visées ci-dessus, renforcé pour les engagements soumis à conditions de performance

Le dispositif de contrôle ci-dessus a été renforcé par la loi TEPA du 21 août 2007, qui soumet obligatoirement le versement aux dirigeants de certaines indemnités de départ ou autres rémunérations différées à des conditions de performance et à un dispositif spécifique d'approbation individuelle par l'assemblée générale de ces indemnités.

Pour ces indemnités de départ, la loi ne retient ni une interdiction pure et simple, ni un encadrement de leur montant mais conditionne leur validité et leur versement à la réalisation, par le diri-

(36) Sont visés ici les régimes de retraite supplémentaire à prestations définies encore appelés « retraites chapeau » (article L. 137-11 du code de la sécurité sociale et article 39 du CGI). Ces régimes garantissent aux salariés concernés le versement d'une rente au moment de leur départ en retraite, dont le montant est conventionnellement prédéterminé avec l'entreprise. Il existe deux types de régimes :

- Le régime additif garantissant un montant de retraite, indépendamment de la pension de base versée par la sécurité sociale et par les régimes complémentaires (AGIRC / ARRCO), déterminé en pourcentage du salaire d'activité et en fonction du nombre d'années de présence dans l'entreprise au départ à la retraite. Par exemple, ce régime garantit au salarié 1 % du salaire par année d'ancienneté.
- Le régime chapeau ou différentiel dans lequel l'entreprise garantit un niveau global de retraite incluant les régimes de base et complémentaire au moment du départ à la retraite du salarié concerné. Ici, par exemple, le régime garantit 70 % du dernier salaire d'activité sous déduction des régimes de base et complémentaire.

(37) « (...) véhicule de fonction, secrétariat, clauses de garantie d'emploi, clauses de stabilité d'emploi, clauses de reprise d'ancienneté, clauses de réintégration dans un emploi salarié, indemnités légales et conventionnelles, indemnités contractuelles, indemnités transactionnelles » (cf. C. Malecki, La loi Breton et les rémunérations des dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence, *Bulletin Joly*, novembre 2005, n° 11, p. 1193).

geant concerné, de critères de performance prédéfinis par l'organe compétent au regard des performances de la société. Par ailleurs, les conditions de leur octroi font l'objet d'une plus grande transparence.

a) Engagements visés

Sont visés les éléments de rémunération, les indemnités ou les avantages, dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de fonction d'un dirigeant ou postérieurement à celles-ci. Sont également visées les stipulations de cette nature contenues dans le contrat de travail d'un salarié accédant à une fonction de dirigeant.

Le champ d'application de ce dispositif de contrôle concerne ainsi les indemnités proprement dites, mais aussi tout autre avantage (avantage en nature, engagement de faire appel au dirigeant comme consultant, ...) ainsi que, semble-t-il, les levées d'options (38) de souscription d'actions.

b) Engagements écartés

Échappent, en revanche, à l'exigence de conditions de performance les trois types d'engagements suivants :

- les indemnités prévues en contrepartie d'une clause de non-concurrence. En effet, elles correspondent au dédommagement du manque à gagner futur pour le dirigeant bénéficiaire, du fait de l'interdiction qui lui est faite, après la cessation de ses fonctions dans la société, d'exercer une activité professionnelle concurrente portant atteinte aux intérêts de la société ;
- les engagements de retraite à prestations définies répondant aux caractéristiques des régimes mentionnés à l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale, encore appelés retraites « chapeau ». En effet, le principe de ces retraites est d'accorder un droit à prestations à condition que le bénéficiaire termine sa carrière dans l'entreprise (voir ci-après) ;
- les engagements répondant aux caractéristiques des régimes collectifs et obligatoires de retraite et de prévoyance visés à l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, dans la mesure où ces régimes ne peuvent être individualisés.

Ces trois types d'engagements, qu'ils soient pris dans la société elle-même, dans la société qui la contrôle ou dans une société contrôlée au sens des II et III de l'article L. 233-16 du code de commerce, sont uniquement soumis à la procédure de contrôle des conventions réglementées dans la société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

c) Cas particulier d'un régime de « retraite chapeau »

Dans le cas d'un régime de « retraite chapeau », il y a « engagement » entre la société et son président, directeur général ou directeur général délégué de verser ce complément de retraite au jour du départ en retraite. Les modalités de réalisation de cet engagement peuvent être diverses mais consistent généralement en la conclusion d'un contrat entre la société et une compagnie d'assurance qui sera chargée de verser ce complément à compter du départ en retraite du président,

(38) Rapport Marini n° 404, 19 juillet 2007, p. 165 et dans la mesure où ces options sont consenties à l'occasion du départ. Seraient aussi soumises à une condition de performance les options normalement perdues lorsque le bénéficiaire quitte le groupe avant de les avoir exercées et qui sont maintenues malgré son départ (cf. ANSA, CJ n° 07-035 d'octobre 2007). L'Ansa considère que toutes les options de souscription ou d'achat d'actions ne seraient pas soumises à la procédure spécifique instaurée par la loi Breton, mais seulement celles pour lesquelles l'offre a été consentie dans une convention au titre de la cessation du mandat, ou qu'elle se substitue en tout ou partie à une indemnité en numéraire.

directeur général ou directeur général délégué, moyennant des cotisations versées chaque année par la société.

Comme il a été indiqué ci-dessus, l'article L. 225-42-1 du code de commerce applicable aux sociétés anonymes à conseil d'administration (ou L. 225-90-1 dudit code pour les sociétés anonymes à directoire) impose que les engagements « pris au bénéfice » des présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci, soient soumis aux dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42 (ou L. 225-86 et L. 225-88 à L. 225-90) du code de commerce.

II. Conventions dans les groupes

1. CONTEXTE

a) Exposé du problème

L'existence même d'un groupe de sociétés favorise :

- la conclusion d'opérations entre sociétés ;
- la présence de dirigeants, administrateurs ou actionnaires communs.

En outre, dans les sociétés anonymes, certaines dispositions légales ont accru le nombre des conventions conclues au sein d'un groupe susceptibles d'entrer dans le champ d'application des articles L. 225-38 et L. 225-86 du code de commerce. Il en est ainsi :

- de l'extension par la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE modifiée par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, de la procédure des conventions réglementées aux conventions conclues avec un actionnaire détenant plus de 10 % des droits de vote et s'il s'agit d'une société actionnaire à plus de 10 %, une société contrôlant cette société actionnaire ;
- ou encore de la soumission à la procédure des conventions réglementées (39) d'une décision de prise en charge, par une société mère, en cas de défaillance de l'une de ses filiales, de tout ou partie des obligations de prévention et de réparation des dommages industriels causés par cette dernière à l'environnement.

En l'absence d'un droit des groupes et d'une jurisprudence spécifique, l'application des dispositions sur les conventions réglementées pose des difficultés à l'intérieur d'un groupe. Les textes et la jurisprudence ne prévoient en effet aucune dérogation particulière en présence d'un groupe alors même que, naturellement, le nombre de conventions conclues se trouve accru.

Ainsi, les conventions conclues entre une société mère et ses filiales à 100 % constituent une grande partie des conventions présentées dans le rapport spécial de la société mère. Elles sont soumises à la procédure des conventions réglementées pour autant qu'il existe des dirigeants communs et que la société mère ne soit pas une SAS ; dans le cas contraire, elles échappent à la procédure de contrôle (voir infra cas des filiales à 100 %).

Ces difficultés se rencontrent en particulier pour définir la notion de conventions courantes conclues à des conditions normales au sein d'un groupe. Cette notion doit-elle s'apprécier uniquement au regard du marché extérieur et de l'environnement économique ou doit-elle également tenir compte de l'existence même du groupe ?

Il est généralement admis que l'existence même d'un groupe peut être prise en considération pour déterminer le caractère courant d'une convention et le caractère normal de ses conditions.

b) Notion de groupe

La notion de groupe demeure incertaine en droit français, dans le silence de la loi. Dans l'acception courante, le groupe s'entend d'un ensemble d'entités ayant entre elles, pour le moins, des liens en capital. Cette conception semble remise en question par la disparition de l'exigence d'un lien en

(39) Article L. 233-5-1 du code de commerce introduit par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, dite loi Grenelle II.

capital, ou même d'un lien « d'associé » dans l'article L. 233-16 II 3° du code de commerce, relatif à l'exercice d'une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires.

c) Cas particuliers

Filiales à 100 %

Par filiales à 100 %, on entend les sociétés dont le capital est détenu en quasi-totalité par une société mère, les autres actionnaires ou associés n'étant présents qu'afin de respecter les dispositions légales relatives au nombre minimum d'actionnaires.

A priori, on peut estimer que le législateur, en prévoyant un processus spécifique pour les conventions réglementées, a cherché avant tout à protéger l'intérêt social et indirectement celui des actionnaires ou associés.

Dans les filiales à 100 %, dont l'organe compétent est totalement dominé par la maison mère, le formalisme de la procédure des conventions réglementées perd une partie de sa signification.

Toutefois en l'état actuel des textes, il n'est pas possible d'échapper à cette procédure, dans la mesure où l'on est en présence de conventions visées par la réglementation.

Il est à signaler que dans le rapport final de l'AMF sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées, du 2 juillet 2012, il est proposé de : « *modifier la loi pour exclure du champ d'application du régime des conventions réglementées les conventions conclues entre une société cotée et ses filiales détenues directement ou indirectement à 100 % (ou équivalent) au moment de la conclusion de la convention, la dérogation étant applicable au niveau de la société mère comme de la filiale.* » (Proposition n° 21 du rapport AMF) (40).

Notion d'intérêt indirect

Même en l'absence de « dirigeants, administrateurs ou actionnaires communs », le dispositif des conventions réglementées trouve à s'appliquer dès lors que ceux-ci sont indirectement intéressés aux conventions (41).

En conséquence, la pratique quelquefois rencontrée, qui peut tendre à placer des administrateurs différents dans les sociétés d'un même groupe afin de s'exonérer du respect des formalités liées à l'existence de conventions réglementées, trouve ainsi rapidement sa limite compte tenu de l'intérêt indirect qui pourrait être invoqué.

2. APPLICATION AU GROUPE DES DISPOSITIONS RELATIVES AUX CONVENTIONS INTERDITES

La prohibition de certaines opérations financières (emprunts, découverts en compte courant...) ne concerne que les personnes physiques (articles L. 225-43 et L. 225-91 du code de commerce). Les personnes morales peuvent en revanche, sous réserve de respecter le cas échéant la procé-

(40) Il est à noter que la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 (J.O. du 3 janvier 2014, p. 50) habilite le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de simplification dans divers domaines et qu'à cet égard, il est prévu d'exclure de la procédure les conventions conclues entre une société et une filiale détenue directement ou indirectement à 100 %. Cette mesure doit être prise dans un délai de huit mois à compter de la publication de la loi du 2 janvier 2014 (art. 3, 1° de la loi précitée).

(41) Voir le préambule de l'étude.

dure des conventions réglementées, conclure les opérations financières visées, sauf preuve d'une interposition de personne entre la personne morale et ses administrateurs ou dirigeants. Tel est le cas au sein des groupes de sociétés, dans les relations entre mère et filiale, ou entre sociétés sœurs. Ces opérations sont également permises au regard de la législation bancaire dans les conditions prévues à l'article L. 511-7 3 du code monétaire et financier (voir infra 4^e). Cependant, l'opération ne doit pas être constitutive d'un abus de biens sociaux.

En effet, « *la convention doit être dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ou, à tout le moins, en commun, et donner lieu à la conclusion d'engagements équilibrés, le cas échéant révisables et adaptables aux circonstances, et tenant compte à la fois de la réalité et de l'efficacité des prestations fournies, caractérisée par l'existence d'un support logistique et la qualité reconnue des prestations antérieurement rendues et, d'autre part, en ce qui concerne le prix fourni en retour, et des liens historiques et de solidarité unissant les sociétés, et des possibilités financières de celle qui en supporte la charge* » (42).

Telle est la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation depuis la fameuse affaire « Rozenblum », selon laquelle le concours financier apporté par des dirigeants de droit ou de fait d'une société à une autre société d'un même groupe dans lequel ils sont intéressés directement ou indirectement doit être motivé par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe et ne doit ni être démuné de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge (43).

Le Ministre de l'économie, des finances et du budget dans une réponse ministérielle a précisé que « *rien ne s'oppose en principe à ce que des emprunts ou avances soient consentis entre sociétés d'un groupe quand bien même l'une exercerait les fonctions d'administrateur de l'autre à condition toutefois que soit respectée, le cas échéant, la procédure d'autorisation préalable du conseil d'administration et d'approbation par l'assemblée générale* », et sous réserve que ces conventions soient conformes aux motivations et à l'équilibre ci-dessus énoncés (44).

L'interdiction des opérations de crédit ne concerne que les personnes et les situations (l'interposition, la représentation ou la direction d'une personne morale) visées par les textes. En conséquence, l'interdiction ne s'applique pas à des conventions de crédit passées avec des tiers non interposés, quand bien même une personne visée par les dispositions légales y aurait un intérêt indirect. Ainsi, une société anonyme pourrait-elle se porter caution de prêts consentis par l'un des administrateurs à certains clients qui ont conclu avec la société un engagement d'approvisionnement exclusif : en l'absence de preuve d'une interposition, et malgré l'avantage indirect qu'apporte le cautionnement de la société, l'opération est licite sous réserve d'être éventuellement soumise à la procédure de l'article L. 225-38 du code de commerce (45).

(42) Paris, 29 mai 1986, *Bulletin CNCC* n° 64, décembre 1986, p. 391.

(43) Cass. Crim. 4 février 1985, *Rev. Sociétés* 1985, p. 648, note B. Bouloc ; Cass. Crim. 4 sept. 1996, *Bull. Joly* 1997 p. 107 note N. Rontchevsky.

(44) R. M. à M. Péricard, *JO déb. AN*, 24 juin 1985 et 6 janvier 1986, *Bulletin CNCC* n° 61, mars 1986, p. 101.

(45) EJ 80-37 *Bulletin CNCC* n° 38, juin 1980, p. 244.

3. CONVENTIONS INTRAGROUPE RÉGLEMENTÉES

a) Abandon de créances, subventions et prêts sans intérêt

Le contrat d'abandon de créance, qu'il y ait ou non clause de retour à meilleure fortune, constitue dans tous les cas une convention réglementée, le caractère habituel ne pouvant être présumé (46).

Il en sera de même des prêts sans intérêt entre sociétés d'un même groupe, ainsi que des subventions.

b) Cautions et garanties données par une société mère au bénéfice de tiers en faveur d'une de ses filiales

- L'engagement de caution

Lorsque les cautions et garanties sont données par la mère (SA ou SARL) au bénéfice de tiers (banques et fournisseurs) en garantie du paiement des dettes de ses filiales et que la mère et ses filiales ont des « dirigeants communs », il n'y a pas lieu de soumettre ces cautions et garanties à la procédure des conventions réglementées même s'il y a contrat auquel la société mère et ses filles sont intéressées. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation (47) a rappelé que le contrat de cautionnement reste une convention entre le créancier et la caution et qu'il ne lie pas la caution au débiteur garanti (48).

Il convient de rappeler que dans les SA, en application du dernier alinéa de l'article L. 225-35, les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une procédure spécifique d'autorisation du conseil d'administration, sans pour autant constituer une convention réglementée.

- La convention de rémunération de la caution

Si une rémunération est octroyée par la société bénéficiaire de la garantie à la société mère en rémunération du cautionnement consenti, la société contractant alors une obligation de payer un service rendu, il y a convention réglementée entre la caution (la société mère) et la société débitrice garantie (la filiale) (49).

Au sein d'un groupe, une telle convention de rémunération peut être considérée comme courante, si la convention de rémunération est conclue à des conditions normales, c'est-à-dire aux conditions habituelles du marché ; la convention n'a donc pas à suivre la procédure des conventions réglementées. Dans le cas contraire, la procédure des conventions réglementées trouvera à s'appliquer.

c) Prise en charge par une société mère des dommages environnementaux causés par une filiale

L'article L. 233-5-1 du code de commerce, introduit par la loi portant engagement national pour l'environnement, dite loi *Grenelle II* (50), dispose : « *La décision par laquelle une société qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société au sens de l'article L. 233-1, qui détient une participation au sens de l'article L. 233-2 ou qui exerce le contrôle sur une société au sens de l'article*

(46) *Bulletin CNCC* n° 57, mars 1985, p. 136 et 137.

(47) Arrêt du 9 avril 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 674, note P. Le Cannu.

(48) EJ 97-166 *Bulletin CNCC* n° 108, décembre 1997, p. 538.

(49) EJ 2003-13 *Bulletin CNCC* n° 129, mars 2003, p. 168 et 169.

(50) Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, art. 227.

L. 233-3 s'engage à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en application des articles L. 162-1 à L. 162-9 du code de l'environnement est soumise, selon la forme de la société, à la procédure mentionnée aux articles L. 223-19, L. 225-38, L. 225-86, L. 226-10 ou L. 227-10 du présent code. »

Si la procédure des conventions réglementées s'applique ainsi au niveau de la société qui prend l'engagement visé à l'article L. 233-5-1 du code de commerce, elle ne concerne pas en revanche la société bénéficiaire de l'engagement. En effet, ledit article ne traite pas d'une convention passée par la filiale avec la société mère mais d'une « décision » de prise en charge des obligations de prévention et de réparation par la société-mère. Il vise donc à sécuriser juridiquement les versements volontaires qu'effectuent en ce cas les sociétés-mères. En conséquence, il ne s'agit pas d'une convention mais d'un engagement unilatéral de la société-mère vis-à-vis de sa filiale et cette dernière n'est pas soumise à la procédure des conventions réglementées.

d) Convention de trésorerie

Une convention de trésorerie peut être considérée comme une convention relevant de l'article L. 225-39 du code de commerce dans la mesure où elle constitue une opération courante au sein d'un groupe et qu'elle a été conclue à des conditions normales.

En revanche la renonciation aux intérêts fixés par la convention de trésorerie du groupe constitue généralement une convention soumise à autorisation préalable. En effet, le caractère habituel et courant de ce type de renonciation ne peut être présumé.

Dès lors, la convention en cause perd son caractère de convention conclue à des conditions normales dans la mesure où la stipulation d'intérêts initialement arrêtés est abandonnée. Cette modification, qui constitue une nouvelle convention, doit être soumise à la procédure des conventions réglementées. (51)

e) Engagements pris au bénéfice de dirigeants de sociétés cotées contrôlantes ou contrôlées

Ainsi qu'il a été rappelé au paragraphe I-3b ci-dessus, le dispositif de contrôle prévu aux articles L. 225-42-1 et L. 225-90-1 du code de commerce est applicable aux engagements résultant soit d'une décision unilatérale de l'organe compétent, soit d'une convention conclue entre le dirigeant et la société cotée qu'il dirige ou une société contrôlée ou une société qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16 du code de commerce.

Ces dispositions visent les engagements pris par la société elle-même ou par toute société contrôlée par elle ou qui la contrôle au sens des II (contrôle exclusif) et III (contrôle conjoint) de l'article L. 233-16 du code de commerce.

La réglementation s'applique à toute société de la chaîne de contrôle, quelle que soit sa nationalité. On observera que la procédure doit être suivie dans la société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé alors même que la convention n'a pas été conclue par elle.

(51) EJ 95-221 *Bulletin CNCC* n° 100, décembre 1995, p. 539.

Ne sont donc pas soumis à la procédure de contrôle les engagements pris par :

- des sociétés qui ne sont pas incluses dans la chaîne de contrôle ;
- une société sœur ;
- des personnes physiques ;
- des personnes morales autres que des sociétés (association, fondation, ...).

4. CONVENTIONS INTRAGROUPE SOULEVANT DES INTERROGATIONS

a) Transactions commerciales habituelles

Les transactions commerciales habituelles s'entendent des opérations relevant de l'activité habituelle de l'entreprise concernée (achats, ventes, sous-traitance, prestations...). *A priori*, ces transactions entrent dans le champ d'application de l'article L. 225-39 du code de commerce. Les difficultés qui surgissent en cette matière tiennent plus aux conditions de la transaction qu'à la nature de la transaction elle-même.

Pour apprécier le caractère normal de ces conditions, il convient de se référer au marché, mais également aux conséquences internes de l'opération (réalisation ou non d'une marge,...), ainsi qu'aux contreparties éventuelles liées à l'intérêt du groupe (à ne pas confondre avec l'intérêt personnel de certains actionnaires ou dirigeants).

En effet, « *le prix payé à la société vendeuse ou prestataire de services ne se limite pas à la somme déboursée par l'acquéreur ou par le bénéficiaire ; il s'y ajoute les contreparties, quelquefois difficilement chiffrables, consistant en avantages divers, résultant de l'appartenance au groupe (approvisionnements privilégiés, facilités de trésorerie, utilisation de la marque du groupe dans les relations commerciales, etc.)* » (52).

L'identité avec les conditions accordées aux tiers pourrait créer une présomption du caractère normal de la convention. Toutefois cette présomption n'est pas irréfutable. Les disparités éventuellement rencontrées pourront être favorables ou défavorables à la société en cause. Ces divergences fondamentales appelleront des justifications précises, notamment s'il n'existe pas de contrepartie, pour pouvoir être considérées comme normales.

b) Frais communs du groupe

Il est fréquent, au sein d'un groupe, que la société mère, ou une filiale créée à cet effet, prenne en charge un certain nombre de tâches fonctionnelles (organisation générale, contrôle interne, comptabilité, informatique, juridique, formation du personnel, publicité, frais de recherche, locations immobilières, assurances, ...).

Ces conventions donnent lieu à des jurisprudences variées qui ne portent pas nécessairement sur la question de savoir si l'on est en présence de conventions réglementées ou de conventions courantes conclues à des conditions normales. Deux illustrations peuvent en être données au travers de deux affaires médiatisées.

(52) Bull. COB juin 1981, page 6.

Dans la première, la société Cerus avait fourni son assistance à la société Valeo à l'occasion de diverses opérations entre mère et fille. Sur l'action sociale *ut singuli* d'un actionnaire minoritaire mécontent de la rémunération forfaitaire versée à Cerus, le tribunal de commerce de Paris (53) avait relevé qu'il n'y avait pas eu de convention formelle entre les deux sociétés, qui aurait précisé les obligations des parties ; que la rémunération de un pour mille du chiffre d'affaires consolidé du groupe qui avait été prévu en 1987 était toujours la même en 1994, alors que le chiffre d'affaires avait quasiment doublé entre les deux dates, ce qui avait conduit les juges consulaires à considérer que la rémunération n'était pas la contrepartie de prestations précises ; que « *ne s'agissant pas d'une redevance, cette rémunération s'assimile plutôt à un dividende garanti extraordinaire au profit ... de la société Cerus* ». Retenant que la procédure des conventions réglementées n'avait pas été respectée, en particulier du fait de l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration, le Tribunal avait condamné Cerus à restituer à Valeo la somme de vingt trois millions de francs. Ce jugement devait cependant être infirmé par la cour d'appel de Paris (54) et le pourvoi formé contre cet arrêt rejeté par la Cour de cassation (55). La cour d'appel a en effet estimé que les dispositions sur les conventions réglementées avaient été régulièrement appliquées à un contrat conclu oralement, dès lors que celui-ci n'était contesté par aucune des deux sociétés et qu'il avait été approuvé par le conseil d'administration de la filiale en toute connaissance de cause. Ainsi, dans cette espèce, la Cour de cassation a-t-elle validé la pratique selon laquelle le conseil d'administration peut autoriser en une fois la conclusion d'une convention à durée indéterminée dont l'objet est de rémunérer la fourniture d'une assistance ou d'une prestation de services, sans beaucoup d'autres précisions. A été ainsi admise une pratique libérale, quitte à ce qu'elle menace la qualité de l'information due aux actionnaires, aux administrateurs et aux commissaires aux comptes.

Dans l'autre affaire, le litige a été porté, toujours par le même actionnaire minoritaire, sur le terrain pénal : les sociétés *Matra* et *Hachette*, devenues *Lagardère SCA*, présidées à l'époque par Jean-Luc Lagardère, avaient conclu des conventions avec la société *Arjil groupe*, « société de management et de conseil », également dirigée par celui-ci, aux termes desquelles elles s'engageaient à verser un honoraire forfaitaire annuel égal à 0,20 % de leurs chiffres d'affaires consolidés, révisable en cas de variation brutale et sensible de ces chiffres d'affaires. Les prestations avaient pour objet « *la gestion des dirigeants, des moyens financiers, de la stratégie d'entreprise et du développement international, l'organisation de la vie et des opérations des sociétés et de l'image* ».

Ces conventions ont été approuvées par les assemblées générales des différentes sociétés. Le minoritaire des sociétés *Matra* et *Hachette* a alors exercé l'action sociale au nom de *Lagardère SCA*, estimant que la rémunération de la société *Arjil groupe* était très supérieure au coût réel des prestations qu'elle était censée procurer, a porté plainte et s'est constitué partie civile pour abus de biens sociaux. Les débats, qui ont duré plus de quinze ans, ont porté essentiellement sur la question du point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux. Mais on retiendra que, pour la cour d'appel de Versailles, « *le respect purement formel de la procédure d'approbation des conventions réglementées ... ne permet pas, à lui seul, de considérer qu'il n'y a pas eu atteinte à*

(53) T. com. Paris 7 mai 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 303, n° 121, P. Le Cannu.

(54) Paris 6 fév. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 333, n° 114, A. Couret ; *Rev. sociétés* 1998, p. 435, Y. Guyon.

(55) Com. 27 fév. 2001, *Rev. sociétés* 2001, p. 827, J.-F. Barbiéri.

l'intérêt social, en particulier lorsqu'il est avéré que le dirigeant détient tous les pouvoirs et qu'il est assuré du soutien inconditionnel de la majorité des actionnaires principaux... ». Et la cour d'entrer en voie de condamnation contre les héritiers du fondateur du groupe pour abus de biens sociaux, après avoir notamment relevé qu'« *Arjil groupe n'avait pas de locaux spécifiques mais était hébergée par Matra, qu'elle ne disposait pas de personnels propres mais avait recours soit à des consultants extérieurs, soit à du personnel de Matra et Hachette* » (56). Comme l'a observé le Professeur Bouloc : « *la question de la fixation forfaitaire d'après le chiffre d'affaires de la rémunération du management d'une société n'est pas une solution acceptable quand cette prestation est faite [comme en l'espèce] au profit d'une société indépendante où le président intègre d'autres activités, purement personnelles. Ce n'est qu'un moyen d'obtenir une rémunération supplémentaire, ne satisfaisant pas aux exigences de la loi commerciale* » (57).

Lorsque le débat tourne autour de la question de savoir si ces conventions intragroupe doivent être considérées comme des conventions courantes conclues à des conditions normales, on considère que, par essence, les facturations qui découlent de la politique des groupes sont caractéristiques d'opérations habituelles au sein du groupe.

Ainsi, la cour d'appel de Paris considère-t-elle que les facilités consenties par une société mère à sa filiale (location d'immeuble, mise à disposition de personnel, engagement des frais communs) constituent des opérations courantes dans un groupe et n'ont pas à être soumises à la procédure de contrôle dès lors qu'au cas d'espèce les charges ont été facturées à leur coût de revient (58).

En ce qui concerne le prix de facturation, on peut admettre comme normale, soit la facturation au coût de revient, soit la facturation avec une marge bénéficiaire raisonnable destinée, notamment, à couvrir des frais indirects non affectés.

Ainsi, une tarification forfaitaire, non fondée sur des éléments objectifs de coûts, ne saurait être considérée comme conclue à des conditions normales.

Le constat de clefs ou de taux de marge différents selon les sociétés, de méthodologies modifiées dans le temps ou de répartition à l'évidence non équitables, serait susceptible de mettre en cause la qualification de la convention, faute de justification.

c) Personnel détaché

Dans le même esprit que pour la répartition des frais communs au groupe, le caractère habituel de l'opération sera présumé, pour autant que la prestation ne soit pas illicite.

Comme pour les frais communs, la facturation des frais relatifs au personnel doit intervenir à un prix fondé sur le coût de revient, majoré d'une marge raisonnable et destinée, notamment, à couvrir des frais indirects non affectés.

d) Transactions sur immobilisations

Qu'il s'agisse de transactions sur immobilisations incorporelles, corporelles ou financières, le critère d'habitude est retenu sauf s'il s'agit d'un élément significatif pour la société.

(56) Versailles 30 juin 2005, *D. 2005*, p. 1942, A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2005, n° 202, R. Salomon. Cet arrêt a été cassé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim. 25 oct. 2006, *Rev. sociétés* 2007, p. 146, B. Bouloc), mais seulement pour omission de statuer sur le point de départ des intérêts et leur capitalisation.

(57) *Rev. sociétés*, préc. 2007, p. 156.

(58) Paris, 25^e Ch. B 17 oct 2003 BRDA 2004, n° 1, p. 2.

Le caractère normal sera présumé pour les transactions sur immobilisations réalisées à un prix de marché lorsque celles-ci n'affectent pas de façon significative l'actif du bilan.

e) Transactions financières

L'existence de transactions financières est naturelle au sein d'un groupe. Le législateur les a légitimées dans la « loi bancaire » n° 84-46 du 24 janvier 1984 (codifiée dans le code monétaire et financier) qui a autorisé en cette matière à déroger au principe du monopole des établissements de crédit. Aux termes de l'article L. 511-7, 3° du code monétaire et financier, une entreprise peut « *procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres* ».

La COB (devenue l'AMF) a eu l'occasion de préciser que les opérations courantes sont celles qui sont effectuées de manière habituelle par la société dans le cadre de son activité et que, s'agissant de relations entre sociétés d'un même groupe, il faut tenir compte de l'activité de la société à l'intérieur du groupe : ainsi, une société peut octroyer des avances de trésorerie alors même qu'elle n'a pas vocation à consentir des prêts (59).

Le caractère courant de la transaction financière, qu'il s'agisse de prêts, d'avances, de cautionnements, de gestion d'un pool de trésorerie, ..., est, quant à sa nature, présumé.

Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Versailles, rendu à propos d'une convention constituant un pool de trésorerie, a-t-il affirmé le caractère habituel de l'opération en raison de l'existence d'un groupe et de ses pratiques usuelles sans rechercher si la convention relevait de l'activité ou des pratiques habituelles des sociétés concernées. Cet arrêt écarte l'application de la procédure des conventions réglementées en indiquant « (...) *qu'une telle convention ne saurait présenter par nature un caractère inhabituel dans un groupe de sociétés* » (60).

L'appréciation du caractère normal des conditions de la transaction peut, en revanche, être plus délicate ; ce caractère est à rechercher :

- en fonction de l'importance des montants en cause au regard de la situation des sociétés en présence, et notamment des possibilités financières de la société qui en supporte la charge ;
- en fonction du taux appliqué, au regard de la nature de l'opération et de sa durée, cette appréciation reposant sur les conditions en vigueur tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe.

Ces taux sont généralement déterminés en fonction du coût moyen du crédit obtenu par la société mère sur le marché des capitaux, et ils seront dans ce cas assez proches de ceux du marché pour la société mère c'est-à-dire généralement inférieurs à ceux que pourraient obtenir une société filiale prise isolément.

Mais la société peut également consentir des prêts sur ses capitaux propres et il est possible, dans ce cas, qu'elle fasse bénéficier sa filiale d'un taux privilégié par rapport au taux du marché, compte tenu de sa position dominante lui permettant de contrôler le risque et de retirer de cette opération un avantage indirect.

(59) Bull. COB 1981 n°138 p. 6 et 7.

(60) Versailles, ch. Com. Réunies. 2 avril 2002, BRDA 2002 n° 17 p. 4.

La normalité du taux d'intérêt des prêts et avances entre sociétés d'un groupe devrait donc s'apprécier tant en fonction de son montant que du traitement égalitaire de toutes les sociétés du groupe (61).

f) Cas particulier de l'intégration fiscale

Institué par la loi de finances pour 1988, le régime de l'intégration fiscale permet, sur option et sous certaines conditions de forme et de fond, à une société mère de se constituer seule redevable de l'impôt dû sur l'ensemble des résultats du groupe constituant le périmètre d'intégration.

Les filiales ou sous-filiales membres déclarent pour ordre leur résultat propre. L'assiette effective de l'impôt se détermine au niveau du groupe et permet de compenser bénéfices et déficits fiscaux de toutes les sociétés participantes. Il en résulte le cas échéant un transfert de déficit d'une fille vers la mère « *lequel constitue en réalité un transfert d'actifs financiers* ». Cette dernière appréciation est celle de MM. J.-P. Le Gall et P. Couderc (in Droit fiscal 1988 n° 48 p. 1355 et s.). Elle a été reprise dans l'avis élaboré début 1989 par la Commission des études juridiques de la CNCC en concertation avec l'AFEP. Cette formulation mérite d'être nuancée car il existe des situations de droit ou de fait où les déficits fiscaux ne peuvent jamais être imputés.

Sous cette réserve, l'avis précité élaboré par la CNCC complété par l'avis favorable qu'il a reçu de la COB (devenue AMF) (62) et par l'avis du CNC du 2 juin 1989 (63) relatif aux « règles comptables applicables aux sociétés qui optent pour le régime de l'intégration fiscale », demeure fondamental. Il mérite toutefois d'être revisité en prenant en considération :

- l'évolution du régime fiscal qui, d'une façon globale, a été rendu plus attractif (par exemple, il n'existe plus de « compléments d'imposition » en cas de sortie du groupe avant l'expiration d'un délai de 5 ans) ;
- le succès du régime : on peut estimer le nombre de groupes intégrés à plus de 20 000, la composition de ceux-ci étant très variable puisqu'allant de deux à plusieurs centaines de sociétés ;
- la jurisprudence.

L'avis de la CNCC de 1989 considère comme nécessaire la rédaction d'une convention entre mère et fille. Ce principe ne saurait bien sûr être remis en cause. Un auteur (64) considère qu'il convient pour le moins de fixer :

- les modalités de répartition des impôts (I.S, contributions,...) entre sociétés du périmètre,
- la détermination ou non d'un principe d'indemnisation en cas de sortie ainsi que ses modalités d'application.

La convention devra aussi préciser les conséquences d'une vérification fiscale, notamment lorsqu'elle intervient après la sortie mais qu'elle porte sur la période d'intégration.

(61) Cf. Cahier de l'IFEC « les conventions réglementées » n° 32 page 49 et l'ouvrage de Daniel OHL « les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe » - 1982 - LITEC.

(62) *Courrier du 1^{er} septembre 1989 au président de la CNCC (Bull. CNCC n° 75 p. 256).*

(63) *Bull. CNCC n° 74, p. 190.*

(64) P. Morgenstern, L'intégration fiscale, Revue fiduciaire 8^e édition, p. 905.

Caractère courant de la convention

La CNCC analyse comme une opération courante l'adoption d'une convention d'intégration fiscale eu égard au fait que le régime d'intégration est un régime de droit commun.

Cette analyse est confortée par le succès du régime qui lui confère, si ce n'est un caractère courant, du moins un caractère fréquent.

Caractère normal de la convention

Est considérée comme normale une convention dite neutre, c'est-à-dire une convention équilibrée qui répartit de façon équitable les conséquences du régime et qui, pour le moins, n'est pas de nature à placer la filiale dans une situation moins bonne que celle qui aurait été la sienne en absence d'option pour le régime de l'intégration.

La mise en place d'un tel principe pose généralement peu de problèmes pendant la période d'intégration. En revanche, des difficultés peuvent survenir en cas de rupture d'intégration notamment si l'ex-filiale a transféré à la mère ses déficits fiscaux, déficits qu'elle ne sera plus en mesure d'utiliser après sa sortie d'intégration.

Deux jugements permettent de s'interroger sur la gestion d'une sortie de régime. Ils correspondent au même cas de figure.

Dans une première affaire TL/TDG (65), TDG, la mère, a cédé TL, sa fille, ce qui a eu pour conséquence la sortie pour cette dernière du régime de l'intégration. Au titre du dernier exercice d'intégration, soit 1992, la fille a transféré pour 1,2 million de Francs de déficit à sa mère.

L'exercice suivant, TL est redevenue bénéficiaire et a donc dû verser un impôt de 0,4 million de Francs en raison de la perte de son déficit fiscal antérieur.

Bien que la mère n'ait pas au cas d'espèce effectivement utilisé le déficit transféré par son ex-filiale, en raison de l'ampleur des pertes du groupe, le tribunal l'a condamnée, avec exécution provisoire, à indemniser TL du montant de l'impôt qu'elle n'aurait pas réglé si elle avait pu conserver son droit à déficit reportable.

Dans une seconde affaire SEMAT/VIVENDI UNIVERSAL (66), les circonstances sont voisines et correspondent à une impossibilité pour l'ex-fille SEMAT d'imputer sur son bénéfice post-intégration les déficits transférés à VIVENDI en période d'intégration. À titre subsidiaire, la demanderesse invoquait également le non-respect de la procédure des conventions réglementées. Le tribunal ne s'est pas prononcé sur ce moyen.

Le tribunal a considéré que la convention, qui ne prévoyait en cas de sortie qu'une concertation non engageante entre les parties afin d'examiner les conséquences engendrées par une telle situation, était déséquilibrée.

Au demeurant, la convention était abusive et conférait un avantage excessif à la partie qui du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à l'autre.

(65) T. com. de Paris du 18 juin 1996, n° 95-100567.

(66) T. com. de Paris du 18 novembre 2004, n° 2003-023988-1.

En conséquence, le tribunal a prononcé une indemnisation égale à l'économie effective d'impôt qu'aurait pu faire l'ex-filiale si elle n'avait pas perdu, du fait de l'intégration, ses droits à report déficitaire.

On pourrait ajouter qu'une sortie du périmètre d'intégration survient pratiquement toujours à l'initiative de la mère ; elle résulte d'une décision de cession de tout ou partie des titres de la fille. En conséquence, celle-ci n'a pas à pâtir d'une décision sur laquelle elle ne peut intervenir.

Quoi qu'il en soit, dans les deux décisions ci-dessus, le préjudice était facile à déterminer puisque le surcroît d'impôt payé était effectif. On peut toutefois se demander comment serait traitée une perte de déficits fiscaux en l'absence d'un résultat bénéficiaire de la fille, le préjudice n'ayant qu'un caractère éventuel.

En conclusion, une convention d'intégration peut être considérée comme une opération courante conclue à des conditions normales dans la mesure où elle prévoit de façon explicite les modalités conduisant à la neutralité, et ce non seulement pendant la durée de vie de l'intégration mais aussi lors de la sortie du régime. Une telle sortie ne doit pas avoir de conséquence préjudiciable pour la filiale. À cet égard, l'idée émise par la COB (AMF) dans sa lettre du 1^{er} septembre 1989 au président de la CNCC, idée selon laquelle la situation lésionnaire pourrait être compensée par des avantages mesurables résultant de l'appartenance au groupe risque d'être d'une appréciation très délicate.

III. Annexes

ANNEXE 1 : LA NOTION D'INTÉRÊT INDIRECT

La notion d'intérêt indirect dans les textes (67)

Il y a intérêt indirect toutes les fois que l'une des personnes visées dans les dispositions légales tire profit de la convention sans toutefois y être « partie ».

La notion d'intérêt indirect prévu à l'alinéa 2 de l'article L. 225-38 du code de commerce est autonome de la notion de liens organiques entre sociétés (visés à l'alinéa 3 du même article) : un administrateur de la société peut parfaitement avoir un intérêt dans le contrat conclu par celle-ci avec une entreprise dans laquelle il a « des intérêts » même s'il ne la dirige pas.

Dans le cas prévu à l'alinéa 2, la convention n'est soumise à autorisation que si la preuve est faite que l'administrateur ou directeur y est indirectement intéressé, mais la preuve n'est pas limitée à certaines situations énumérées par la loi : puisqu'il ne s'agit pas de présomption légale irréfragable, les situations visées ne sont pas à l'avance définies de façon restrictive ; la notion d'intérêt indirect est, comme l'expression même le suggère, extrêmement souple ; il s'agit de cas d'espèce et de dosage : l'intérêt indirect ne sera pris en considération que s'il apparaît suffisamment important pour infléchir la conduite du dirigeant intéressé et pour rendre la convention suspecte : ainsi, un administrateur délégué peut conclure, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure d'autorisation, un contrat d'assurance au nom de la société, alors qu'il est par ailleurs, l'agent d'une des huit sociétés d'assurance parties au contrat. L'intérêt de l'administrateur ou du directeur général, bien qu'indirect, est pris en considération parce que la loi le permet, mais à partir d'un seuil, d'une certaine importance, proportionnée évidemment à l'importance même du contrat et à la part de profit que l'administrateur ou directeur général en recueillera ou pourra en recueillir indirectement.

La notion d'intérêt indirect dans la jurisprudence

À titre d'illustration, il est possible de citer quelques exemples de situations d'intérêt indirect tirés de la jurisprudence et d'études doctrinales, pour la plupart extraits de l'étude juridique précitée (68) :

- convention conclue entre la société anonyme et une société en commandite simple, dans laquelle l'administrateur serait seulement commanditaire ou encore convention conclue avec une société en participation dont il serait membre ;
- cas où l'administrateur traite avec une personne qui conclut elle-même avec la société une convention ayant un objet identique avec celle qu'il aurait pu passer directement : par exemple, en étant le sous-traitant ou l'agent de l'entrepreneur avec lequel la société a conclu la convention, ou en étant membre d'un syndicat destiné à garantir l'augmentation de capital (69) ;

(67) Étude juridique CNCC - *Les conventions entre les entités et les personnes intéressées*, mai 2004, p.45-46.

(68) Étude juridique CNCC - *Les conventions entre les entités et les personnes intéressées*, mai 2004, p. 46.

(69) Professeur E. DU PONTAVICE, « Les notions d'intérêt indirect et d'interposition de personne dans l'article 101, alinéa 2 de la loi sur les sociétés commerciales [désormais, article L. 225-38, al. 1 et 2 du code de commerce] », Bull. Fédération, n° 16, 1965, p. 21.

- dirigeant d'une société qui se trouve indirectement intéressé par l'attribution d'une retraite à son conjoint, ascendant ou descendant, ancien président du conseil d'administration de la société dans la mesure où cette décision le décharge de l'exécution d'une obligation alimentaire (70) ;
- rémunération salariale du conjoint d'un administrateur qui accroît les ressources du ménage (71) ;
- promesse de vente d'un immeuble au conjoint d'un administrateur même si les époux sont séparés de bien : « Attendu que les époux habitent ensemble dans les lieux..., Que X... , administrateur, est donc bien indirectement bénéficiaire de la convention litigieuse » (72) ;
- directeur général qui obtient le cautionnement par sa société des engagements d'une autre société dont il est le président, dès lors que ce soutien financier est le moyen de conforter sa position à la tête de l'entreprise et lui permet de poursuivre son mandat en bénéficiant des rémunérations et avantages de ses fonctions (73) ;
- président d'une société qui conclut un contrat d'approvisionnement exclusif, un bail commercial, et une cession de matériel avec une SARL constituée entre ses deux enfants, bien que ce président n'y ait pas les fonctions ou qualités visées par les textes (74) ;
- le salarié d'une société de conseil, administrateur d'une société cliente a été jugé indirectement intéressé par la conclusion, entre ces deux sociétés, d'une convention d'une importance exceptionnelle portant sur la recherche de partenaires et l'encadrement de l'équipe commerciale moyennant un forfait mensuel qu'il devait personnellement exécuter (75).

En revanche, n'est pas indirectement intéressé le cadre salarié d'une banque qui conclut au nom de celle-ci un nantissement de parts acquises par une société dont il était un administrateur, dès lors qu'il n'a tiré aucun profit personnel dans l'opération et qu'il ne détenait pas dans la banque des intérêts suffisamment importants, pour infléchir la conduite de celle-ci avec la société dont il était administrateur.

L'intérêt indirect peut être tant financier que moral (76).

Étant donné la complexité de la notion d'intérêt indirect et les difficultés d'analyse de la jurisprudence, l'AMF recommande l'application de la proposition n° 22 du rapport du groupe de travail sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées, selon laquelle il convient de retenir la définition de la notion de « personne indirectement intéressée » suggérée par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris : « *Est considérée comme étant indirectement intéressée à une convention à laquelle elle n'est pas partie, la personne qui, en raison des liens qu'elle entretient avec les parties et des pouvoirs qu'elle possède pour infléchir leur conduite, en tire un avantage* ».

(70) *Bulletin CNCC* n° 8, décembre 1972, p. 529.

(71) *Bulletin CNCC* n° 8, décembre 1972, p. 524.

(72) Cass. Com., 23 janvier 1968, Bull. civ., IV, n° 38 p. 28.

(73) Paris, 26 juin 1990, Dr. Sociétés 1990, n° 269 ; BRDA 7/1991, p. 14.

(74) Cass.com., 23 octobre 1990, Bull. civ., IV, n° 254 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 92, note Y. GUYON ; D. 1990, IR, p. 270.

(75) Lyon, 3^e ch. B, 22 novembre 2007, Sté Thales Consultants SA c/ SARL ARIV, BRDA 2008 n° 19, p. 3.

(76) *Bulletin CNCC* n° 13, mars 1974, p. 77.

ANNEXE 2 : TEXTES CITÉS

Code civil :

Article 1844-5

La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander cette dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu.

L'appartenance de l'usufruit de toutes les parts sociales à la même personne est sans conséquence sur l'existence de la société.

En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation. Les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans le délai de trente jours à compter de la publication de celle-ci. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. La transmission du patrimoine n'est réalisée et il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées.

Les dispositions du troisième alinéa ne sont pas applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique.

Article 2322

La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier.

Code de commerce :

Article L. 223-19

Le gérant ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'assemblée ou joint aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés. L'assemblée statue sur ce rapport. Le gérant ou l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Toutefois, s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé et que la convention est conclue avec celui-ci, il en est seulement fait mention au registre des décisions.

Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets, à charge pour le gérant, et, s'il y a lieu, pour l'associé contractant, de supporter individuellement ou solidairement, selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société.

Les dispositions du présent article s'étendent aux conventions passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée.

Article L. 223-20

Les dispositions de l'article L. 223-19 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Article L. 223-21

À peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associées.

L'interdiction s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa précédent ainsi qu'à toute personne interposée.

Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales.

Article L. 225-35

Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent.

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

Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers.

Article L. 225-38

Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée.

Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

Article L. 225-39

Les dispositions de l'article L. 225-38 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Article L. 225-40

L'intéressé est tenu d'informer le conseil, dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-38 est applicable. Il ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée.

Le président du conseil d'administration donne avis aux commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées et soumet celles-ci à l'approbation de l'assemblée générale.

Les commissaires aux comptes présentent, sur ces conventions, un rapport spécial à l'assemblée, qui statue sur ce rapport.

L'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Article L. 225-41

Les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude.

Même en l'absence de fraude, les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration.

Article L. 225-42

Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article L. 225-38 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

L'action en nullité se prescrit par trois ans, à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée.

La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Les dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 225-40 sont applicables.

Article L. 225-42-1

Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou

des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42.

Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéficiaire n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il préside le conseil d'administration ou exerce la direction générale ou la direction générale déléguée.

L'autorisation donnée par le conseil d'administration en application de l'article L. 225-38 est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'État.

La soumission à l'approbation de l'assemblée générale en application de l'article L. 225-40 fait l'objet d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire. Cette approbation est requise à chaque renouvellement du mandat exercé par les personnes mentionnées au premier alinéa.

Aucun versement, de quelque nature que ce soit, ne peut intervenir avant que le conseil d'administration ne constate, lors ou après la cessation ou le changement effectif des fonctions, le respect des conditions prévues. Cette décision est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'État. Tout versement effectué en méconnaissance des dispositions du présent alinéa est nul de plein droit.

Les engagements correspondant à des indemnités en contrepartie d'une clause interdisant au bénéficiaire, après la cessation de ses fonctions dans la société, l'exercice d'une activité professionnelle concurrente portant atteinte aux intérêts de la société ne sont soumis qu'aux dispositions du premier alinéa. Il en va de même des engagements de retraite à prestations définies répondant aux caractéristiques des régimes mentionnés à l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale, ainsi que des engagements répondant aux caractéristiques des régimes collectifs et obligatoires de retraite et de prévoyance visés à l'article L. 242-1 du même code.

Article L. 225-43

À peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales.

La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également au conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée.

Article L. 225-44

Sous réserve des articles L. 225-21-1, L. 225-22, L. 225-27 et L. 225-27-1, les administrateurs ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles prévues aux articles L. 225-45, L. 225-46, L. 225-47 et L. 225-53.

Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle.

Article L. 225-45

L'assemblée générale peut allouer aux administrateurs en rémunération de leur activité, à titre de jetons de présence, une somme fixe annuelle que cette assemblée détermine sans être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures. Le montant de celle-ci est porté aux charges d'exploitation. Sa répartition entre les administrateurs est déterminée par le conseil d'administration.

Article L. 225-46

Il peut être alloué, par le conseil d'administration, des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats confiés à des administrateurs. Dans ce cas, ces rémunérations, portées aux charges d'exploitation sont soumises aux dispositions des articles L. 225-38 à L. 225-42.

Article L. 225-47

Le conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération.

Le président est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible.

Le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute disposition contraire est réputée non écrite.

Article L. 225-22-1

Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, en cas de nomination aux fonctions de président, de directeur général ou de directeur général délégué d'une personne liée par un contrat de travail à la société ou à toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, les dispositions dudit contrat correspondant, le cas échéant, à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumises au régime prévu par l'article L. 225-42-1.

Article L. 225-53

Sur proposition du directeur général, le conseil d'administration peut nommer une ou plusieurs personnes physiques chargées d'assister le directeur général, avec le titre de directeur général délégué.

Les statuts fixent le nombre maximum des directeurs généraux délégués, qui ne peut dépasser cinq.

Le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués.

Article L. 225-63

L'acte de nomination fixe le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire.

Article L. 225-68

Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire.

Les statuts peuvent subordonner à l'autorisation préalable du conseil de surveillance la conclusion des opérations qu'ils énumèrent. Toutefois, la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations, la constitution de sûretés, ainsi que les cautions, avals et garanties, sauf dans les sociétés exploitant un établissement bancaire ou financier, font l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers.

À toute époque de l'année, le conseil de surveillance opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns et peut se faire communiquer les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Une fois par trimestre au moins le directoire présente un rapport au conseil de surveillance.

Après la clôture de chaque exercice et dans le délai fixé par décret en Conseil d'État, le directoire lui présente, aux fins de vérification et de contrôle, les documents visés au deuxième alinéa de l'article L. 225-100.

Le conseil de surveillance présente à l'assemblée générale prévue à l'article L. 225-100 ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice.

Dans les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le président du conseil de surveillance rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné à l'alinéa précédent et aux articles L. 225-102, L. 225-102-1 et L. 233-26, de la composition du conseil et de l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes en son sein, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, en détaillant notamment celles de ces procédures qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et, le cas échéant, pour les comptes consolidés.

Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au septième alinéa du présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise.

Le rapport prévu au septième alinéa précise aussi les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale ou renvoie aux dispositions des statuts qui prévoient ces modalités.

Ce rapport présente en outre les principes et les règles arrêtés par le conseil de surveillance pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux et il mentionne la publication des informations prévues par l'article L. 225-100-3.

Le rapport prévu au septième alinéa du présent article est approuvé par le conseil de surveillance et est rendu public.

Article L. 225-83

L'assemblée générale peut allouer aux membres du conseil de surveillance, en rémunération de leur activité, à titre de jetons de présence, une somme fixe annuelle que cette assemblée détermine sans être liée par des dispositions statutaires ou des décisions antérieures. Le montant de celle-ci est porté aux charges d'exploitation. Sa répartition entre les membres du conseil de surveillance est déterminée par ce dernier.

Article L. 225-84

Il peut être alloué, par le conseil de surveillance, des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats confiés à des membres de ce conseil. Dans ce cas, ces rémunérations, portées aux charges d'exploitation, sont soumises aux dispositions des articles L. 225-86 à L. 225-90.

Article L. 225-85

Les membres du conseil de surveillance ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles qui sont prévues aux articles L. 225-81, L. 225-83 et L. 225-84 et, le cas échéant, celles dues au titre d'un contrat de travail correspondant à un emploi effectif.

Le nombre des membres du conseil de surveillance liés à la société par un contrat de travail ne peut dépasser le tiers des membres en fonctions. Toutefois, les membres du conseil de surveillance élus conformément aux articles L. 225-79 et L. 225-80 et ceux nommés conformément aux dispositions de l'article L. 225-71 ne sont pas comptés pour la détermination de ce nombre.

Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle.

Article L. 225-86

Toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et l'un des membres du directoire ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil de surveillance.

Il en est de même des conventions auxquelles une des personnes visées à l'alinéa précédent est indirectement intéressée.

Sont également soumises à autorisation préalable les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si l'un des membres du directoire ou du conseil de surveillance de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

Article L. 225-87

Les dispositions de l'article L. 225-86 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Article L. 225-88

L'intéressé est tenu d'informer le conseil de surveillance dès qu'il a connaissance d'une convention à laquelle l'article L. 225-86 est applicable. S'il siège au conseil de surveillance, il ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée.

Le président du conseil de surveillance donne avis aux commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées et soumet celles-ci à l'approbation de l'assemblée générale.

Les commissaires aux comptes présentent, sur ces conventions, un rapport spécial à l'assemblée, qui statue sur ce rapport.

L'intéressé ne peut pas prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Article L. 225-89

Les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude.

Même en l'absence de fraude, les conséquences, préjudiciables à la société, des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des autres membres du directoire.

Article L. 225-90

Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article L. 225-86 et conclues sans autorisation préalable du conseil de surveillance peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

L'action en nullité se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de prescription est reporté au jour où elle a été révélée.

La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial des commissaires aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Le quatrième alinéa de l'article L. 225-88 est applicable.

Article L. 225-90-1

Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les engagements pris au bénéfice d'un membre du directoire, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-86 et L. 225-88 à L. 225-90.

Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéficiaire n'est pas subordonné au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société dont il est membre du directoire.

L'autorisation donnée par le conseil de surveillance en application de l'article L. 225-86 est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'État.

La soumission à l'approbation de l'assemblée générale en application de l'article L. 225-88 fait l'objet d'une résolution spécifique pour chaque bénéficiaire. Cette approbation est requise à chaque renouvellement du mandat exercé par les personnes mentionnées au premier alinéa.

Aucun versement, de quelque nature que ce soit, ne peut intervenir avant que le conseil de surveillance ne constate, lors ou après la cessation ou le changement effectif des fonctions, le respect des conditions prévues. Cette décision est rendue publique selon des modalités et dans des délais fixés par décret en Conseil d'État. Tout versement effectué en méconnaissance des dispositions du présent alinéa est nul de plein droit.

Les engagements correspondant à des indemnités en contrepartie d'une clause interdisant au bénéficiaire, après la cessation de ses fonctions dans la société, l'exercice d'une activité professionnelle concurrente portant atteinte aux intérêts de la société ne sont soumis qu'aux dispositions du premier alinéa. Il en va de même des engagements de retraite à prestations définies répondant aux caractéristiques des régimes mentionnés à l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale, ainsi que des engagements répondant aux caractéristiques des régimes collectifs et obligatoires de retraite et de prévoyance visés à l'article L. 242-1 du même code.

Article L. 225-91

À peine de nullité du contrat, il est interdit aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance autres que les personnes morales, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

L'interdiction s'applique aux représentants permanents des personnes morales membres du conseil de surveillance. Elle s'applique également au conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article, ainsi qu'à toute personne interposée.

Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, l'interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales.

Article L. 225-101

Lorsque la société, dans les deux ans suivant son immatriculation, acquiert un bien appartenant à un actionnaire et dont la valeur est au moins égale à un dixième du capital social, un commissaire, chargé d'apprécier, sous sa responsabilité, la valeur de ce bien, est désigné par décision de justice, à la demande du président du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas. Ce commissaire est soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 225-224.

Le rapport du commissaire est mis à la disposition des actionnaires. L'assemblée générale ordinaire statue sur l'évaluation du bien, à peine de nullité de l'acquisition. Le vendeur n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque l'acquisition est faite en bourse, sous le contrôle d'une autorité judiciaire ou dans le cadre des opérations courantes de la société et conclues à des conditions normales.

Article L. 226-10

Les dispositions des articles L. 225-38 à L. 225-43 sont applicables aux conventions intervenant directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants, l'un des membres de son conseil de surveillance, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3. De même, ces dispositions sont applicables aux conventions auxquelles une de ces personnes est indirectement intéressée.

Elles sont également applicables aux conventions intervenant entre une société et une entreprise si l'un des gérants ou l'un des membres du conseil de surveillance de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance de l'entreprise.

L'autorisation prévue au premier alinéa de l'article L. 225-38 est donnée par le conseil de surveillance.

Article L. 227-10

Le commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, le président de la société présente aux associés un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président, l'un de ses dirigeants, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3.

Les associés statuent sur ce rapport.

Les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est seulement fait mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant.

Article L. 233-5-1

La décision par laquelle une société qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société au sens de l'article L. 233-1, qui détient une participation au sens de l'article L. 233-2 ou qui exerce le contrôle sur une société au sens de l'article L. 233-3 s'engage à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en application des articles L. 162-1 à L. 162-9 du code de l'environnement est soumise, selon la forme de la société, à la procédure mentionnée aux articles L. 223-19, L. 225-38, L. 225-86, L. 226-10 ou L. 227-10 du présent code.

Article L. 233-16

I. - Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies.

II. - Le contrôle exclusif par une société résulte :

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.

III. - Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord.

IV. - L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise.

Code monétaire et financier :

Article L. 511-7

I. - Les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse :

1. Dans l'exercice de son activité professionnelle consentir à ses contractants des délais ou avances de paiement ;
2. Conclure des contrats de location de logements assortis d'une option d'achat ;
3. Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ;
4. Émettre des titres financiers si elle n'effectue pas d'opération de crédit mentionnée à l'article L. 313-1 ;
5. Émettre des instruments de paiement délivrés pour l'achat auprès d'elle ou auprès d'entreprises liées avec elle par un accord de franchise commerciale, d'un bien ou d'un service déterminé ;
6. Remettre des espèces en garantie d'une opération sur instruments financiers ou d'une opération de prêt de titres régies par les dispositions des articles L. 211-36 et L. 211-36-1 ;
7. Prendre ou mettre en pension des instruments financiers et effets publics mentionnés aux articles L. 211-27 et L. 211-34.

II. - L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut exempter d'agrément une entreprise fournissant des services bancaires de paiement, pour l'acquisition de biens ou de services dans les locaux de cette entreprise ou dans le cadre d'un accord commercial avec elle, s'appliquant à un réseau limité de personnes acceptant ces services bancaires de paiement ou pour un éventail limité de biens ou de services.

Pour accorder l'exemption, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution doit notamment prendre en compte la sécurité des moyens de paiement, les modalités retenues pour assurer la protection des utilisateurs, le montant unitaire et les modalités de chaque transaction.

Code de la sécurité sociale :

Article L. 137-11

I. - Dans le cadre des régimes de retraite à prestations définies gérés soit par l'un des organismes visés au a du 2° du présent I, soit par une entreprise, conditionnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise et dont le financement par l'employeur n'est pas individualisable par salarié, il est institué une contribution assise, sur option de l'employeur :

1° Soit sur les rentes liquidées à compter du 1^{er} janvier 2001 ; la contribution, dont le taux est fixé à 32 %, est à la charge de l'employeur, versée par l'organisme payeur et recouvrée et contrôlée dans les mêmes conditions que la contribution mentionnée à l'article L. 136-1 due sur ces rentes ;

2° Soit :

a) Sur les primes versées à un organisme régi par le titre III ou le titre IV du livre IX du présent code, le livre II du code de la mutualité ou le code des assurances, destinées au financement des régimes visés au présent I ;

b) Ou sur la partie de la dotation aux provisions, ou du montant mentionné en annexe au bilan, correspondant au coût des services rendus au cours de l'exercice ; lorsque ces éléments donnent ensuite lieu au versement de primes visées au a, ces dernières ne sont pas assujetties.

Les contributions dues au titre des a et b du 2°, dont les taux sont respectivement fixés à 24 % et à 48 %, sont à la charge de l'employeur.

II. - L'option de l'employeur visée au I est effectuée de manière irrévocable pour chaque régime. Pour les régimes existant à la date de publication de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, l'option est exercée avant le 31 décembre 2003. Pour les régimes existant à la date de publication de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011 qui ont opté préalablement pour l'assiette mentionnée au 1° du I du présent article, l'option peut être exercée à nouveau entre le 1^{er} janvier 2011 et le 31 décembre 2011. L'employeur qui exerce cette option est redevable d'un montant équivalent à la différence, si elle est positive, entre, d'une part, la somme des contributions qui auraient été acquittées depuis le 1^{er} janvier 2004 ou la date de création du régime si elle est postérieure s'il avait choisi l'assiette définie au 2° du même I dans les conditions prévues au présent II et, d'autre part, la somme des contributions effectivement versées depuis cette date. L'employeur acquitte cette somme au plus tard concomitamment au versement de la contribution due sur les sommes mentionnées au 2° dudit I de l'exercice 2011 ou de manière fractionnée, sur quatre années au plus, selon des modalités définies par arrêté. Pour les régimes créés ultérieurement, l'option est exercée lors de la mise en place du régime. Si l'option n'est pas exercée aux dates prévues, les dispositions des 1° et 2° du I s'appliquent.

II bis. - S'ajoute à la contribution prévue au I, indépendamment de l'option exercée par l'employeur visée au même alinéa, une contribution additionnelle de 30 %, à la charge de l'employeur, sur les rentes excédant huit fois le plafond annuel défini par l'article L. 241-3.

III.- (Abrogé)

IV. - Les contributions des employeurs destinées au financement des régimes de retraite visés au I ne sont soumises ni aux cotisations et taxes dont l'assiette est définie à l'article L. 242-1, ou pour les salariés du secteur agricole à l'article L. 741-10 du code rural et de la pêche maritime ni aux contributions instituées à l'article L. 136-1 et à l'article 14 de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale.

V. - Les régimes de retraite à prestations définies, mentionnés au I, créés à compter du 1^{er} janvier 2010 sont gérés exclusivement par l'un des organismes régis par le titre III du livre IX du présent code, le livre II du code de la mutualité ou le code des assurances.

NOTA :

Loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, article 32-II, au 1° le taux 32 % est applicable aux rentes versées au titre des retraites liquidées à compter du 1^{er} janvier 2013. Au 2° les taux 24 et 48 % sont applicables aux versements, comptabilisations ou mentions réalisés à compter des exercices ouverts après le 31 décembre 2012.

Article L. 242-1

Pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire. La compensation salariale d'une perte de rémunération induite par une mesure de réduction du temps de travail est également considérée comme une rémunération, qu'elle prenne la forme, notamment, d'un complément différentiel de salaire ou d'une hausse du taux de salaire horaire.

L'avantage correspondant à la différence définie au II de l'article 80 bis du code général des impôts est considéré comme une rémunération lors de la levée de l'option. En revanche, sont exclus de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa du présent article les avantages mentionnés au I des articles 80 bis et 80 quaterdecies du même code si l'employeur notifie à son organisme de recouvrement l'identité de ses salariés ou mandataires sociaux auxquels des actions ont été attribuées au cours de l'année civile précédente, ainsi que le nombre et la valeur des actions attribuées à chacun d'entre eux. À défaut, l'employeur est tenu au paiement de la totalité des cotisations sociales, y compris pour leur part salariale. Il en est de même lorsque l'attribution est effectuée par une société dont le siège est situé à l'étranger et qui est mère ou filiale de l'entreprise dans laquelle l'attributaire exerce son activité.

Il ne peut être opéré sur la rémunération ou le gain des intéressés servant au calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, de déduction au titre de frais professionnels que dans les conditions et limites fixées par arrêté interministériel. Il ne pourra également être procédé à des déductions au titre de frais d'atelier que dans les conditions et limites fixées par arrêté ministériel.

Ne seront pas comprises dans la rémunération les prestations de sécurité sociale versées au bénéfice de leurs salariés, anciens salariés et de leurs ayants droit par l'entremise de l'employeur.

Sont exclues de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa les contributions mises à la charge des employeurs en application d'une disposition législative ou réglementaire ou d'un accord national interprofessionnel mentionné à l'article L. 921-4, destinées au financement des régimes de retraite complémentaire mentionnés au chapitre I^{er} du titre II du livre IX ou versées au bénéfice de leurs salariés, anciens salariés et de leurs ayants droit en couverture d'engagements de retraite complémentaire souscrits antérieurement à l'adhésion des employeurs aux institutions mettant en œuvre les régimes institués en application de l'article L. 921-4 et dues au titre de la part patronale en application des textes régissant ces couvertures d'engagements de retraite complémentaire.

Sont exclues de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance versées au bénéfice de leurs salariés, anciens salariés et de leurs ayants droit par les organismes régis par les titres III et IV du livre IX du présent code ou le livre II du code de la mutualité, par des entreprises régies par le code des assurances ainsi que par les institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances et proposant des contrats mentionnés à l'article

L. 143-1 dudit code, à la section 9 du chapitre II du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale ou au chapitre II bis du titre II du livre II du code de la mutualité lorsque ces garanties entrent dans le champ des articles L. 911-1 et L. 911-2 du présent code, revêtent un caractère obligatoire et bénéficient à titre collectif à l'ensemble des salariés ou à une partie d'entre eux sous réserve qu'ils appartiennent à une catégorie établie à partir de critères objectifs déterminés par décret en Conseil d'État :

1° Dans des limites fixées par décret, pour les contributions au financement d'opérations de retraite déterminées par décret ; l'abondement de l'employeur à un plan d'épargne pour la retraite collectif exonéré aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 443-8 du code du travail est pris en compte pour l'application de ces limites ;

2° Dans des limites fixées par décret, pour les contributions au financement de prestations complémentaires de prévoyance, à condition, lorsque ces contributions financent des garanties portant sur le remboursement ou l'indemnisation de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, que ces garanties ne couvrent pas la participation mentionnée au II de l'article L. 322-2 ou la franchise annuelle prévue au III du même article.

Toutefois, les dispositions des trois alinéas précédents ne sont pas applicables lorsque lesdites contributions se substituent à d'autres éléments de rémunération au sens du présent article, à moins qu'un délai de douze mois ne se soit écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et le premier versement desdites contributions.

Les personnes visées au 20° de l'article L. 311-3 qui procèdent par achat et revente de produits ou de services sont tenues de communiquer le pourcentage de leur marge bénéficiaire à l'entreprise avec laquelle elles sont liées.

Sont également pris en compte, dans les conditions prévues à l'article L. 242-11, les revenus tirés de la location de tout ou partie d'un fonds de commerce, d'un établissement artisanal, ou d'un établissement commercial ou industriel muni du mobilier ou du matériel nécessaire à son exploitation, que la location, dans ce dernier cas, comprenne ou non tout ou partie des éléments incorporels du fonds de commerce ou d'industrie, lorsque ces revenus sont perçus par une personne qui réalise des actes de commerce au titre de l'entreprise louée ou y exerce une activité.

Est exclue de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa, dans la limite d'un montant fixé à deux fois la valeur annuelle du plafond mentionné à l'article L. 241-3, la part des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail ou de la cessation forcée des fonctions de mandataires sociaux, dirigeants et personnes visées à l'article 80 ter du code général des impôts qui n'est pas imposable en application de l'article 80 duodecies du même code. Toutefois, les indemnités d'un montant supérieur à dix fois le plafond annuel défini par l'article L. 241-3 du présent code sont intégralement assimilées à des rémunérations pour le calcul des cotisations visées au premier alinéa du présent article. Pour l'application du présent alinéa, il est fait masse des indemnités liées à la rupture du contrat de travail et de celles liées à la cessation forcée des fonctions.

NOTA :

Loi n° 2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, article 11 IV : Ces dispositions sont applicables aux options sur titres et aux actions gratuites attribuées à compter du 28 septembre 2012.

N° d'Imprimeur : 56658

Impression  Compédit Beauregard

16, avenue de Messine 75008 Paris. France. www.cncc.fr

CNCC
COMPAGNIE
NATIONALE DES
COMMISSAIRES AUX
COMPTES