

BULLETIN JOLY SOCIÉTÉS

ACTUALITÉ DU DROIT DES SOCIÉTÉS

À LA UNE

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Méconnaissance frauduleuse de la clause d'agrément rendue applicable par modification législative → PAGE 19

Alain COURET

DOCTRINE

Un arrêt imparfait : retour sur la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante → PAGE 62

Hervé LE NABASQUE

La liberté d'établissement des sociétés postérieurement au Brexit → PAGE 67

Catherine CATHIARD

Direction scientifique

Hervé LE NABASQUE,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Comité scientifique

Jean-François BARBIÈRI,
professeur au CDA (université Toulouse 1 Capitole)
et au CREOP (université de Limoges)

Alain COURET,
professeur émérite, école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Jean-Jacques DAIGRE,
professeur émérite, école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Reinhard DAMMANN,
avocat associé, cabinet Clifford Chance

Bruno DONDERO,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Paul LE CANNU,
professeur émérite, école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Dominique LEDOUBLE,
expert financier

Hervé LE NABASQUE,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Daniel LEPELTIER,
docteur en droit

François-Xavier LUCAS,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)
ancien directeur scientifique

Catherine MAISON BLANCHE,
senior consultant, Allen & Overy LLP

Hugues MATHEZ,
avocat associé, cabinet White & Case

Didier PORACCHIA,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Arnaud REYGROBELLET,
professeur à l'université Paris Nanterre

Xavier VAMPARYS,
directeur juridique corporate, CNP Assurances

Daniel VILLEY,
avocat associé, cabinet Villey Girard Grolleaud AARPI

Comité de rédaction

Droit commun

Paul LE CANNU,
professeur émérite, école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Didier PORACCHIA,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Hugo BARBIER,
professeur à Aix-Marseille université

Edmond SCHLUMBERGER,
professeur à l'université Paris 8 - Vincennes Saint-Denis

Sociétés par actions

Hervé LE NABASQUE,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Antoine GAUDEMET,
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

Sociétés de personnes et autres groupements

François-Xavier LUCAS,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)
ancien directeur scientifique

Philippe DUPICHOT,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Caroline COUPET,
professeure à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

Audit et contrôle des comptes

Jean-François BARBIÈRI,
professeur au CDA (université Toulouse 1 Capitole)
et au CREOP (université de Limoges)

Fusions acquisitions

Bruno DONDERO,
professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Restructuration des sociétés en difficulté

Eva MOUIAL-BASSILANA,
professeure à l'université Nice Sophia Antipolis

Irina PARACHKÉVOVA-RACINE,
professeure à l'université Nice Sophia Antipolis

Revue éditée par Lextenso
1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense (CEDEX)

P-DG, Directeur de la publication Bruno VERGÉ

Directrice générale déléguée Emmanuelle FILIBERTI

Rédactrice en chef Audrey FAUSSURIER • **Rédactrice** Perrine SCHOLER

Dépôt légal : à parution • N° CPPAP : 0422 T 82874 • ISSN 1285-0888

Imprimé par Chirat • 744, rue de Sainte-Colombe - 42540 Saint-Just-la-Pendue
sur des papiers produits en Autriche et au Portugal, issus de forêts gérées durablement ;
0% de fibres recyclées ; impact gaz à effet de serre pour un exemplaire : 176 g éq. CO₂

Abonnement : Tél. 01 40 93 40 40 • abonnements@lextenso.fr

Abonnement France 2021 : 405 € HT - Abonnement étranger 2021 : 446 €

Prix au numéro France : 44 € HT - Prix au numéro étranger : 48 €

Le Bulletin Joly Sociétés peut désormais être cité de la manière suivante : BJS janv. 2021, n° 119y6, p. 24.



DROIT COMMUN

200c7 **Abus de biens social et sociétés étrangères après l'arrêt *Mistral*: toujours un vent mauvais !** PAGE 7

Michel MENJUCQ

Cass. crim., 2 mars 2021, n° 19-80991, F-PBI

Si la Cour de cassation reconnaît, à juste titre, la conformité à la liberté d'établissement de l'obligation pour une société étrangère de procéder à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés d'un premier établissement sur le territoire français, c'est, en revanche, à tort et en heurtant le principe de la liberté d'établissement qu'elle poursuit sa jurisprudence appliquant l'abus de biens sociaux aux sociétés immatriculées dans un autre État membre.

200c9 **Le clair-obscur du cautionnement garantissant un contrat conclu par la société en formation** PAGE 10

Claire-Anne MICHEL

Cass. com., 10 mars 2021, n° 19-15618, Sté Banque populaire méditerranée, F-D

Le créancier ne peut pas se prévaloir de l'engagement d'une caution garantissant un prêt conclu par une société avant son immatriculation au RCS : l'absence de personnalité morale de la société au jour de la conclusion du prêt s'y oppose. Prolixe s'agissant des considérations liées au droit des sociétés, la solution est, en revanche, plus laconique s'agissant de celles relatives au droit des sûretés, ce qui invite à expliciter le fondement de la libération de la caution.

200e0 **Les difficultés de la société en formation devant la cour d'appel** PAGE 13

Thibault de RAVEL D'ESCLAPON

Cass. 2^e civ., 4 mars 2021, n° 19-22829, F-P

Il résulte des articles 117 et 121 du Code de procédure civile qu'une procédure engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique est entachée d'une irrégularité de fond qui ne peut être couverte. Cette solution est appliquée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation à la situation d'une société en formation.

200d5 **Négociation sur l'égalité professionnelle et recours à l'expertise par le CSE** PAGE 15

Gilles AUZERO

Cass. soc., 14 avr. 2021, n° 19-23589, Sté Mediapost, FS-P

Chargé d'accompagner les syndicats lors de la négociation sur l'égalité professionnelle, l'expert que peut désigner le CSE doit être mandaté en un temps utile pour la négociation. Le coût de la mission d'expertise, qui est strictement bornée par l'objet de ladite négociation, doit être partagé entre l'employeur et le CSE lorsque des indicateurs chiffrés relatifs à l'égalité professionnelle sont tenus à la disposition des représentants du personnel.

À signaler également PAGE 18

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

200e3 **Méconnaissance frauduleuse de la clause d'agrément rendue applicable par modification législative** PAGE 19

Alain COURET

CA Paris, 5-9, 8 avr. 2021, n° 19/12367

La clause d'agrément (L. n° 66-537, 24 juill. 1966, art. 274) prévoyait que toutes les cessions d'actions étaient soumises à agrément « sauf dispense de la loi ». L'étendue de la dispense de la loi a été réduite par l'ordonnance du 24 juin 2004 autorisant l'application de ces clauses à des cessions entre actionnaires. L'exigence de l'agrément s'appliquait donc à de telles cessions intervenues en 2018 ; les cessions querellées étaient par ailleurs constitutives d'une fraude à la loi.

200c8 Article 1843-4 du Code civil : méconnaissance de l'autorité de chose jugée et excès de pouvoir PAGE 21

Michel STORCK

Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-14679, F-D

Doit être cassé pour violation de la loi l'arrêt dans lequel est annulée la décision ayant fait droit à une seconde demande de remplacement d'un expert (C. civ., art. 1843-4), aux motifs qu'elle se heurte à l'autorité de la chose jugée attachée à l'irrecevabilité d'une première demande et que le président du tribunal a ainsi méconnu l'étendue de son pouvoir, alors que la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée attachée à une précédente décision ne constitue pas un excès de pouvoir.

À signaler également PAGE 24

SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET AUTRES GROUPEMENTS

200c3 Dissolution-confusion de la société civile et obligation aux dettes de l'associé PAGE 25

Bernard SAINTOURENS

Cass. 3^e civ., 4 mars 2021, n° 19-11255, F-D

Pour condamner un ancien associé de société civile au paiement d'une dette sociale, sur le fondement de l'article 1857 du Code civil, le juge saisi doit constater que le demandeur à l'action, à qui les parts ont été transmises, était un tiers à l'égard de la société et créancier d'une dette sociale au jour de l'assignation en paiement.

200c5 Société civile égalitaire : révocation judiciaire du gérant et dissolution PAGE 28

Rémi DALMAU

CA Paris, 4-13, 12 janv. 2021, n° 18/04888

L'arrêt de la cour d'appel de Paris est symptomatique des difficultés des sociétés civiles de gestion égalitaires constituées entre concubins, époux ou pacés lorsque le couple se sépare : révocation judiciaire, dissolution judiciaire sont mobilisées pour sortir de l'impasse.

200d3 Cessibilité des droits d'un associé de SCI devenue société en participation en 2002 PAGE 31

Ronan RAFFRAY

Cass. 3^e civ., 21 janv. 2021, n° 19-23122, F-D

N'est pas nulle une cession de parts de SCI intervenue alors même que la société s'était de longue date transformée en société en participation du fait de l'absence d'immatriculation au 1^{er} novembre 2002.

À signaler également PAGE 34

AUDIT ET CONTRÔLE DES COMPTES

200c2 Auto-rémunération d'un dirigeant : manque de réactivité du commissaire aux comptes PAGE 35

Jean-François BARBIÈRI

Cass. com., 31 mars 2021, n° 19-12045, F-P

Manque à son obligation de vérifier la sincérité de la rémunération du dirigeant social le commissaire aux comptes qui n'interpelle pas les organes compétents de la société et ne formule aucune observation ni réserve lors de la certification des comptes de l'exercice et, pour l'exercice suivant, ne veille pas suffisamment à s'assurer de la sincérité de l'information relative à cette rémunération et reste inerte dans l'attente de procéder au contrôle sur place des pièces comptables.

200d1 Devoir de conseil d'un expert-comptable : réparation intégrale du préjudice mais responsabilité partagée

PAGE 38

Jean-François BARBIÈRI

Cass. com., 14 avr. 2021, n° 18-21595, F-D

Le manquement d'un expert-comptable à son obligation de conseil ayant exposé un dirigeant social au paiement d'un rappel d'impôt, ce rappel constitue un préjudice réparable dans son intégralité. Mais les juges doivent rechercher, comme il leur était demandé, si le dirigeant n'avait pas, en s'abstenant de réunir l'assemblée annuelle des associés dans les délais, commis une faute de nature à exonérer partiellement l'expert-comptable de sa responsabilité.

200c4 Commissaires aux comptes : incompatibilité entre statuts de partie civile et de personne impliquée

PAGE 41

Jean-François BARBIÈRI

Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-84472, F-PI

Justifie sa décision confirmant l'irrecevabilité des constitutions de partie civile de contrôleurs légaux la chambre de l'instruction qui s'est déterminée par des motifs dont il résulte que ces intervenants ont participé à un concert frauduleux visant à masquer une situation financière obérée et qu'ils ne sauraient dès lors se prévaloir d'un préjudice découlant directement des faits d'usage de faux et d'entrave aux missions des commissaires aux comptes.

FUSIONS ACQUISITIONS

200c1 Appel par la société bénéficiaire d'un APA contre la décision rendue au profit de l'apporteuse

PAGE 44

Bastien BRIGNON

Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-11582, F-D

Est recevable l'appel formé par la société bénéficiaire d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions contre une décision rendue, après la réalisation de l'apport, non pas à l'encontre la société apporteuse mais à son profit, à condition toutefois que l'objet du litige se rattache à la branche d'activité apportée.

RESTRUCTURATION DES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ

200c6 Action directe du liquidateur contre l'assureur du dirigeant poursuivi pour insuffisance d'actif

PAGE 47

Laurence FIN-LANGER

Cass. com., 10 mars 2021, n° 19-12825, SA AIG Europe, F-P

La Cour de cassation admet pour la première fois la possibilité pour le liquidateur, qui a assigné en responsabilité pour insuffisance d'actif le dirigeant, d'exercer au cours de la même instance l'action directe à l'encontre de l'assureur en présence d'un contrat d'assurance en responsabilité des dirigeants souscrit par la société. Si cette solution semble tout à fait justifiée, elle se heurte cependant à un problème de compétence des juridictions.

200d0 Responsabilité pécuniaire d'un dirigeant social découlant d'une distribution régulière de dividendes

PAGE 49

Jean-Luc VALLENS

Cass. com., 8 avr. 2021, n° 19-23669, F-D

La distribution de dividendes décidée dans un contexte de baisse du chiffre d'affaires et du bénéfice, qui prive la société débitrice de ses réserves, contribue à son insuffisance d'actif et caractérise une faute de gestion.

200d4 **Sur la distinction entre l'action sociale et l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif**

PAGE 51

François-Xavier LUCAS

CA Paris, 5-9, 4 févr. 2021, n° 19/15149

Si le liquidateur constate une insuffisance d'actif il devra introduire une action en responsabilité sur ce fondement sauf à considérer qu'il dispose d'un choix sur le fondement de son action, ce qui serait contraire aux principes d'ordre public qui régissent les procédures collectives. Ainsi, dès lors qu'il existe une insuffisance d'actif l'action ut singuli ne peut se poursuivre et doit être rejetée.

200e2 **Quand l'omission de déclarer l'état de cessation des paiements excède la simple négligence**

PAGE 53

Laurence CAMENSULI-FEULLARD

Cass. com., 8 avr. 2021, n° 19-25802, F-D

Le désintérêt du dirigeant pour la gestion de la société débitrice et l'omission d'en déclarer l'état de cessation des paiements, qui excède la simple négligence, justifie sa condamnation à supporter une partie de l'insuffisance d'actif. En revanche, son comportement fautif commis en sa qualité de gérant d'une seconde société ne peut fonder une interdiction de gérer, faute d'avoir été invoqué par le ministère public ou par le liquidateur.

DOCTRINE

200e4 **La conformité du dispositif anti-OPA issu de la loi *Florange* à la directive n° 2004/25/CE**

PAGE 56

Michel MENJUCQ

Dans un communiqué du 2 avril 2021, l'AMF a considéré que les mesures de défense adoptées par Suez dans le cadre du projet d'OPA de Veolia devaient être appréciées à la lumière des principes et règles fixés par la directive OPA. Si le principe d'interprétation conforme du droit national au droit européen ne souffre pas, en lui-même, la discussion, est, en revanche, très contestable, la désactivation de l'article L. 233-32, I, du Code de commerce que semble vouloir opérer l'AMF au regard de ce principe et ce d'autant plus que la directive OPA est, par ailleurs, dépourvue d'effet direct.

200d9 **Un arrêt imparfait : retour sur la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante**

PAGE 62

Hervé LE NABASQUE

En jugeant, nouvellement, pour les sociétés par actions, qu'une « société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commis par la société absorbée avant l'opération », la chambre criminelle de la Cour de cassation discrimine – à tort – entre les sociétés selon leur forme, même si elle ouvre aux praticiens la possibilité de stipuler des clauses de garantie de ce passif pénal, dans l'intérêt des actionnaires de la société absorbante.

200e5 **La liberté d'établissement des sociétés postérieurement au Brexit**

PAGE 67

Catherine CATHIARD

Analyser les conséquences du Brexit sur la liberté d'établissement des sociétés amène à s'interroger (i) sur les modifications quant à la reconnaissance mutuelle entre le Royaume-Uni et les États membres de l'UE de la personnalité et de la capacité juridique des sociétés, de la possibilité de constituer des filiales ou des succursales ou encore de réaliser des opérations de mobilité des sociétés mais aussi des réorganisations transfrontalières et (ii) sur les autres difficultés que les sociétés devront désormais anticiper.

Table chronologique des sources commentées

2020			
NOVEMBRE			
Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86955, FP-PBI	p. 62	200d9	
2021			
JANVIER			
CA Paris, 4-13, 12 janv. 2021, n° 18/04888	p. 28	200c5	
Cass. 3° civ., 21 janv. 2021, n° 19-23122, F-D	p. 31	200d3	
FÉVRIER			
CA Paris, 5-9, 4 févr. 2021, n° 19/15149	p. 51	200d4	
MARS			
Cass. crim., 2 mars 2021, n° 19-80991, F-PBI	p. 7	200c7	
Cass. com., 3 mars 2021, n° 19-11582, F-D	p. 44	200c1	
Cass. 2° civ., 4 mars 2021, n° 19-22829, F-P	p. 13	200e0	
Cass. 3° civ., 4 mars 2021, n° 19-11255, F-D	p. 25	200c3	
Cass. com., 10 mars 2021, n° 19-15618, Sté Banque populaire méditerranée, F-D	p. 10	200c9	
			Cass. com., 10 mars 2021, n° 19-12825, SA AIG Europe, F-P
			p. 47 200c6
			Cass. com., 17 mars 2021, n° 19-14679, F-D
			p. 21 200c8
			Cass. com., 24 mars 2021, n° 19-18614, F-P
			p. 34 200e8
			Cass. crim., 30 mars 2021, n° 20-84472, F-PI
			p. 41 200c4
			Cass. com., 31 mars 2021, n° 19-12045, F-P
			p. 35 200c2
			AVRIL
			AMF, communiqué, 2 avr. 2021
			p. 56 200e4
			CA Paris, 5-9, 8 avr. 2021, n° 19/12367
			p. 19 200e3
			Cass. com., 8 avr. 2021, n° 19-23669, F-D
			p. 49 200d0
			Cass. com., 8 avr. 2021, n° 19-25802, F-D
			p. 53 200e2
			Cass. soc., 14 avr. 2021, n° 19-23589, Sté Mediapost, FS-P
			p. 15 200d5
			Cass. com., 14 avr. 2021, n° 18-21595, F-D
			p. 38 200d1
			MAI
			Cass. com., 5 mai 2021, n° 19-21468, F-P
			p. 18 200e6
			Cass. com., 12 mai 2021, n° 19-18500, F-D
			p. 24 200e7

Pour soumettre un article au comité de rédaction, merci d'adresser votre fichier à l'adresse suivante :
audrey.faussurier@lextenso.fr