

Dossier préparé par le cabinet Pichard & Associés

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Par Bruno Pichard,
Avocat

Moment clé dans l'existence d'une entreprise qui peut conduire à sa pérennité ou à sa disparition, sa transmission fait l'objet d'une grande attention des pouvoirs publics. De nombreuses entreprises sont en effet appelées à être transmises dans les années à venir du fait du vieillissement de leurs dirigeants. Le succès ou l'échec de ces transmissions peut donc avoir un impact économique majeur.

Le législateur, ayant bien conscience de l'intérêt qu'il y a à favoriser cette transmission, vient récemment encore d'introduire de nouvelles règles en ce sens. C'est ainsi que la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des Petites et Moyennes Entreprises vient d'autoriser la location d'actions, estimant qu'une telle location facilitera la reprise d'entreprise, que ce soit dans un cadre familial ou autre (1). Cette loi a aussi modifié les règles fiscales applicables aux transmissions d'entreprises familiales, au point de les rendre beaucoup plus attractives, si certaines conditions sont remplies.

Cet enjeu, ainsi à nouveau pris en compte par le législateur, est plus particulièrement marqué pour les entreprises familiales. Il y a ainsi un véritable intérêt à les voir transmises au sein de la famille qui est à leur origine. Une telle transmission obéit bien entendu aux règles générales applicables aux transmissions, mais elle a également des spécificités propres très significatives. Elle sera à la fois plus simple et plus complexe suivant les aspects retenus. A titre d'exemples non limitatifs :

- la négociation des conditions de la transmission sera en général plus simple, puisqu'elle ne s'accompagnera en principe d'aucune garantie de passif ;
- la transmission pourra se préparer sur une période beaucoup plus longue ;
- elle pourra s'effectuer plus souvent par étapes, l'ancien propriétaire cédant peu à peu sa participation à ses successeurs ;

- elle pourra se réaliser par une simple vente comme dans une transmission hors du groupe familial, ou par une donation (donation de la pleine propriété ou simplement de la nue propriété...), ou encore par la combinaison de ces deux procédés ;

- le cédant fondateur conservera souvent une fonction dans l'entreprise bien au-delà de la simple période nécessaire à la transition ;

- si, dans le cadre d'une cession à un tiers, le cédant est souvent conduit à une réflexion sur la gestion de son patrimoine, lors d'une transmission familiale, cette réflexion est impérative et fait partie de la procédure même de transmission.

Une transmission familiale présente ainsi de multiples facettes juridiques. Chaque transmission peut ainsi être considérée comme un cas particulier appelant ses propres solutions.

Certains thèmes nous ont cependant paru récurrents et ce sont eux que nous avons choisi de traiter dans ce dossier, réparti sur deux numéros du *Journal des Sociétés* :

- Le choix de la structure juridique de la société ;
- La holding de rachat ;
- L'ISF du fondateur et de ses successeurs ;
- L'engagement de conservation des actions et son impact sur les droits de donation ou de succession ;
- Les pactes d'actionnaires à mettre en place ;
- L'engagement de conservation des actions et son impact sur les droits de donation ou de succession ;
- Le cumul d'une retraite et d'une poursuite d'activité.

Bruno Pichard,
Avocat,
Ancien Elève de l'Ecole Polytechnique,
IEP Paris DESS en Droit,
Pichard & Associés

1) Il est permis de douter que cette mesure atteigne son objectif. Par ailleurs, elle ne présente pas d'intérêt spécifique dans le cadre de la transmission d'une entreprise familiale. Il n'en sera donc pas question dans ce dossier.

LA STRUCTURE JURIDIQUE : DES CHOIX TRÈS OUVERTS

Par Bruno Pichard,
Avocat



La transmission de l'entreprise familiale va conduire à une modification des rapports entre actionnaires. S'il n'existe plus qu'un seul type d'actionnaire, et à plus forte raison s'il n'existe plus qu'un actionnaire, la question de la structure juridique devient une question mineure qui ne nécessite pas de développements particuliers. En revanche, si les actionnaires se répartissent en différentes catégories aux positions et aux intérêts différents, il est utile de définir comment leurs rapports s'articuleront et la question de la structure juridique devient une question essentielle. C'est à ce type de situation que s'intéresse le présent article.

Pour simplifier, on peut rencontrer trois grandes catégories d'actionnaires :

- Ceux qui exercent **leur activité professionnelle dans l'entreprise**, en tout ou partie. Ils y ont alors un rôle opérationnel et ce sont généralement eux qui la dirigeront.

- Les **fondateurs** qui viennent de transmettre le pouvoir dans l'entreprise tout en conservant une participation dans son capital. Ils ont en principe cessé ou réduit nettement leur activité professionnelle mais ils souhaitent rester impliqués dans le fonctionnement de l'entreprise, tout en prenant du recul par rapport à leur rôle antérieur ;

- Les **actionnaires passifs**. Ils sont propriétaires d'une partie du capital mais ne souhaitent pas être impliqués dans le fonctionnement de l'entreprise. En revanche, ils veulent que certaines décisions stratégiques leur soient soumises. Ils souhaiteront aussi le plus souvent que soient prévus précisément leurs droits sur les résultats de la société et la détermination des dividendes.

Ne seront étudiés ici que les Sociétés par Actions Simplifiées (SAS) et les Sociétés Anonymes (SA). Les Sociétés en Commandite par Actions (SCA) seront écartées. En effet, l'un de leurs principaux avantages est de permettre une dissociation entre les associés « passifs » (les commanditaires) et les associés « actifs » (les commandités) et de donner aux commandités le contrôle de la gestion de la société. La loi laisse globalement une grande liberté aux statuts des SCA pour organiser leur fonctionnement.

Cependant, depuis que les Sociétés par Actions Simplifiées existent, cet intérêt s'est considérablement réduit, puisque les SAS offrent de ce point de vue autant de souplesse, voire plus. En revanche, alors que les commandités sont indéfiniment et solidairement responsables du passif social, les associés d'une SAS, quelque soit leur pouvoir, ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports (article L. 227-1 du Code de Commerce). Sauf cas très particuliers, il sera donc préférable de choisir une SAS plutôt qu'une SCA.

Le choix sera donc présenté ici entre la SA et les SAS.

I - La Société Anonyme

Rappelons que celle-ci peut être régie par deux modes de fonctionnement distincts : la Société Anonyme de type classique avec Conseil d'administration et la société à Directoire et Conseil de surveillance.

A - La Société Anonyme à Directoire et Conseil de surveillance

Ce type de société offre souvent une solution adaptée lorsque l'on est en présence de différents types d'actionnaires familiaux. Elle permet en effet de faire co-exister à côté d'un organe de gestion proprement dit (le Directoire) un organe de contrôle (le Conseil de surveillance). A côté de ce premier avantage, elle permettra aussi de représenter ou de faire participer tous les types d'actionnaires et d'instituer une gestion collégiale, avec des organes plus égalitaires. Elle permettra en outre d'atténuer certaines responsabilités pour certains organes sociaux et enfin de limiter les pouvoirs des organes de direction.

1 - La possibilité de représenter ou de faire participer tous les types d'actionnaires

Le Directoire peut être composé de deux à cinq membres (si la société a un capital social inférieur à 150 000 €, ce nombre peut être réduit à un seul et si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le nombre maximum peut être porté à sept selon l'article L. 225-58 du Code de Commerce). De son côté, le Conseil de surveillance est composé de 3 à 18 membres, nombre qui peut être augmenté dans certains cas. Il faut souligner à ce sujet que la règle est la même pour le nombre d'administrateurs d'une SA à Conseil d'administration qui peut elle aussi comporter de 3 à 18 administrateurs.

Sauf situation particulière, il y aura donc la possibilité de donner une responsabilité au sein de la société à l'ensemble des membres de la famille suivant leur degré d'implication, soit comme membre du Conseil de surveillance, soit comme membre du Directoire. Cette possibilité présente déjà en soi un intérêt, en donnant à chacun une fonction officielle.

Cette structure peut aussi être intéressante même si les actionnaires qui ne s'impliquent pas dans la gestion sont trop nombreux pour être tous membres du Conseil de surveillance. Il leur suffira de faire le nécessaire pour que chaque groupe d'actionnaires soit représenté. Et d'ailleurs, si les actionnaires familiaux sont trop nombreux pour être tous membres des organes de direction ou de surveillance, le problème sera le même, quelque soit la structure juridique choisie. On pourrait certes concevoir une SAS avec un organe de surveillance dont tous les actionnaires seraient membres. Mais si ces actionnaires sont vraiment nombreux, cet organe risque de mal, voire très mal fonctionner.

2 - Un organe de direction collégial

Un organe de direction collégial pourra souvent se révéler intéressant. Il permettra la participation effective de différents membres de la famille à la direction. Ce pourra aussi être l'occasion de faire participer à cette direction des tiers à la famille. Ces tiers pourront être actionnaires ou pourront n'avoir aucune participation au capital. L'entreprise pourra ainsi bénéficier de compétences extérieures, ce qui peut être utile en particulier s'il faut assurer une transition entre le fondateur et ses successeurs alors que ceux-ci ne sont pas encore en mesure d'assurer seuls la gestion de l'entreprise.

Que l'organe de surveillance soit un organe collégial n'est pas spécifique à la SA à Directoire et Conseil de surveillance, ce sera aussi le plus souvent le cas dans les SAS lorsqu'un tel organe sera créé.

En revanche le Directoire, organe de gestion, est lui aussi un organe collégial, ce qui est moins fréquent. Dans la SA de type classique, il y a certes le Conseil d'administration qui détermine les orientations de la société et veille à leur mise en œuvre et qui peut également se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société. Le Conseil d'administration a ainsi un rôle théorique important dans la gestion de la société. En pratique, le Conseil d'administration ne se réunit souvent que quelques fois par an et ne peut donc qu'avoir un rôle limité dans la gestion de l'entreprise. Son rôle effectif pourra ainsi être plus un rôle de surveillance que de véritable administration.

Dans une SAS, il est certes possible de prévoir des organes d'administration collégiaux. Mais l'institution de tels organes n'aura pas la même portée que l'existence d'un Directoire dans une SA à Directoire. En effet, l'article L. 227-6 du Code de Commerce énonce que le Président d'une SAS est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. De son côté, l'article L. 225-64 investit le Directoire des mêmes pouvoirs (sous réserve des pouvoirs attribués au Conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires). C'est dire que le Directoire et le Président de la SAS sont considérés comme ayant le même niveau de compétence par les textes. Il en est de même pour le Directeur général de la SA à Conseil d'administration.

Rappelons que si dans une SAS et dans une SA, il est possible de confier à d'autres personnes les mêmes pouvoirs qu'au Président et qu'au Directeur général, cette possibilité ne crée pas pour autant des organes collégiaux.

3 - Des organes plus égalitaires

En premier lieu, le caractère collégial du Directoire donne déjà un côté plus égalitaire à la SA à Directoire. Mais surtout, le rôle du Président du Directoire est beaucoup plus limité que celui du Directeur général d'une SA classique. Certes, dans les deux cas, le Président du Directoire et le Directeur général ont un titre qui les place au dessus des autres organes. Mais, dans le cas d'une SA à Directoire, le Président de cet organe a en premier lieu un rôle de représentation. Comme dans le cas du Directeur général, c'est lui qui représente la société dans ses rapports avec les tiers.

En revanche, à l'opposé du Directeur général de la SA classique, ce rôle de représentation, exercé individuellement, ne lui donne pas de pouvoirs spécifiques dans la direction de la société. Pour la prise de décision, il resté un membre du Directoire comme un autre et la gestion doit rester collégiale (*Lamy Sociétés Commerciales* n° 3505-c ou *Lefebvre sociétés commerciales* n° 9136 ou encore CA Douai, 17 juin 1976, *Revue des Sociétés*

1977, p.266). Autrement dit, la différence des pouvoirs entre le Président du Directoire et les autres membres est limitée à la simple représentation.

Par ailleurs, les membres du Directoire sont tous nommés par le Conseil de surveillance, sans que l'un des membres du Directoire ait un pouvoir quelconque lors de la nomination de ses collègues. Ici, les membres du Directoire sont aussi sur un pied d'égalité.

Dans une SA classique, s'il est nécessaire de compléter la direction générale, il faudra nommer des Directeurs généraux délégués. Ces Directeurs généraux délégués peuvent avoir les mêmes pouvoirs que le Directeur général. Mais ils sont nommés par le Conseil d'administration sur proposition du Directeur général. Ce dernier a donc un droit de veto sur la désignation des Directeurs généraux délégués qui, même s'ils ont les mêmes pouvoirs, vont se trouver subordonnés au Directeur général. Cette subordination découle en outre des textes eux-mêmes qui stipulent que les Directeurs généraux délégués assistent le Directeur général (article L. 225-53 1^{er} alinéa) et que l'étendue et la durée des pouvoirs des Directeurs généraux délégués sont définis par le Conseil d'administration en accord avec le Directeur général (article L. 225-56-II).

4 - Des responsabilités qui peuvent être atténuées

Les responsabilités des membres du Conseil de surveillance sont moins étendues que celles des administrateurs. C'est ainsi que les administrateurs sont responsables des fautes commises dans leur gestion (article L. 225-251), alors que la loi exclut expressément la responsabilité des membres du Conseil de surveillance, du fait des actes de gestion et de leur résultat (article L. 225-257). De plus, les membres du Conseil de surveillance ne sont responsables que de leur faute personnelle alors que les administrateurs peuvent être solidairement responsables en cas de faute collective.

Si les actionnaires familiaux membres du Conseil d'administration n'ont en réalité qu'un rôle lointain dans la gestion, se contentant de valider, après coup, les options retenues par la direction générale, et adoptant ainsi un comportement plus proche d'un Conseil de surveillance, il sera préférable de faire coïncider la réalité opérationnelle et la réalité juridique et d'adopter la forme de Société Anonyme à Directoire.

La question de la responsabilité des administrateurs ou des membres du Conseil de surveillance peut sembler mineure. Rappelons toutefois qu'outre naturellement le cas où la société rencontrerait de réelles difficultés, ces responsabilités peuvent être également recherchées par des actionnaires familiaux minoritaires et mécontents pour une raison ou pour une autre. Ces responsabilités peuvent aussi être recherchées par un acquéreur insatisfait si la société familiale est vendue. Ces responsabilités ne sont donc pas théoriques et constituent un réel critère de choix.

Rappelons enfin que l'absence aux réunions des Conseils d'administration ou du Conseil de surveillance constitue plus un facteur aggravant la responsabilité de leurs membres qu'un facteur d'exonération.

5 - Des restrictions de pouvoirs prévues par la loi

Selon l'article L. 225-68, la cession totale ou partielle de participations et la cession d'immeubles par nature doivent faire l'objet d'une autorisation du Conseil de surveillance. De telles restrictions aux pouvoirs du Directeur général ne sont pas

prévues par la loi dans le cas des SA à Conseil d'administration, même si elles peuvent être prévues par les statuts ou par une décision du Conseil d'administration.

La cession de participations ou d'immeubles correspond aux décisions stratégiques que justement des actionnaires familiaux qui ne veulent pas s'impliquer dans la gestion quotidienne, veulent malgré tout voir soumises à leur contrôle.

Il ne faut cependant pas s'exagérer la portée de ces restrictions. D'une part, elles ne prévoient aucun seuil en valeur absolue. Il peut donc être nécessaire de réunir un Conseil de surveillance pour la cession d'un immeuble ou d'une participation d'une valeur très faible, qui n'est donc en réalité pas stratégique et sur laquelle les membres du Conseil de surveillance, s'il n'y avait pas l'obligation légale, ne souhaiteraient pas donner leur avis. D'autre part, et en sens inverse, ces restrictions ne visent que des catégories de décisions limitées. En particulier ne sont pas visées les acquisitions d'immeubles ou de participations qui peuvent pourtant constituer des décisions tout aussi stratégiques qu'une cession.

Ainsi, si on souhaite que le Conseil de surveillance donne son autorisation préalable à toutes les décisions jugées stratégiques et pas seulement aux quelques décisions visées par les textes, il faudra prévoir une clause statutaire en ce sens, comme dans le cas d'une SA classique.

En définitive, l'existence de restrictions légales aux pouvoirs du Directoire n'apparaît pas décisive. Elle renforce cependant le rôle du Conseil de surveillance et l'obligation pour le Directoire d'agir sous son contrôle.

B - La Société Anonyme à Conseil d'administration

La SA à Conseil d'administration peut elle aussi répondre à de nombreux besoins et situations. Tout d'abord, il s'agit d'une structure juridique bien connue, qui est en principe plus souple qu'une SA à Directoire. Tout comme le Président du Conseil de surveillance n'assume pas la direction de la société, le Président du Conseil d'administration, si cela est souhaité, peut lui aussi ne pas assumer la direction générale de la société. Enfin, la SA classique conduit beaucoup plus naturellement à une unité de direction.

1 - Une structure mieux connue

La SA à Conseil d'administration correspond au type le plus répandu de Sociétés Anonymes. C'est là un premier avantage par rapport à la Société Anonyme à Directoire et Conseil de surveillance. Etant beaucoup plus utilisée, cette structure est mieux connue et donc susceptible de laisser moins de place à l'interprétation ou au doute sur son fonctionnement, même si la structure à Directoire et Conseil de surveillance est elle aussi très réglementée.

2 - Une structure plus souple

Si la Société Anonyme classique est plus utilisée, c'est d'abord parce qu'elle est plus souple. Aux lieux d'un Directoire et d'un Conseil de surveillance, il n'y a qu'un Conseil d'administration, c'est-à-dire qu'il y a un organe de moins à gérer, pour lequel il n'y aura donc pas de réunion à convoquer et à tenir, de procès verbaux à établir, etc...

Par ailleurs, le Conseil d'administration ne doit se tenir qu'une fois par an au minimum (deux fois, lorsque le chiffre d'affaires excède 18 millions d'euros ou lorsque la société emploie au moins 300 salariés. Le Conseil d'administration est alors tenu d'établir des comptes prévisionnels deux fois par an.). De son

côté, le Conseil de surveillance doit, lui, se tenir au moins quatre fois par an, pour examiner le rapport trimestriel que doit lui présenter le Directoire.

Avant d'adopter la structure à Directoire et Conseil de surveillance, il faut donc bien se demander si les actionnaires familiaux qui souhaitent y participer sauront se rendre disponibles pour participer à ces réunions dont la fréquence peut se révéler une vraie contrainte. Il faut également se demander si le rôle qu'ils souhaitent exercer nécessite bien une telle structure.

3 - Une dissociation possible des fonctions de Président et de Directeur général

Jusqu'à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, le Président du Conseil d'administration assurait obligatoirement la direction générale de la société. Ce cumul pouvait créer une gêne une fois la transmission de l'entreprise effectuée. En effet, le fondateur pouvait souhaiter conserver un rôle qui ne soit pas celui d'un simple administrateur, sans pour autant garder le rôle opérationnel qu'implique la direction générale de la société. La Société Anonyme classique pouvait alors se révéler une structure inadaptée, alors que la SA à Directoire et Conseil de surveillance permettait justement au fondateur de devenir Président du Conseil de surveillance.

Avec la loi du 15 mai 2001, il est aujourd'hui possible de scinder les deux fonctions : Président du Conseil d'administration d'une part et Directeur général d'autre part. Le fondateur peut ainsi garder le titre de Président qui manifeste vis-à-vis de tous qu'il a encore une place significative dans la société, tandis que son successeur prend le titre de Directeur général et les responsabilités qui s'en suivent.

Les fonctions de Président du Conseil d'administration non Directeur général restent assez limitées bien qu'un peu plus importantes que celles du Président du Conseil de surveillance. Ainsi, le Président du Conseil d'administration organise et dirige les travaux de celui-ci, alors que le Président du Conseil de surveillance en dirige les débats, ce qui est proche. En revanche, le Président du Conseil d'administration veille au bon fonctionnement des organes de la société, ce qui lui donne un pouvoir en dehors des réunions du Conseil proprement dites. Le Président du Conseil de surveillance ne dispose pas, personnellement, d'un tel pouvoir.

Pour en finir sur ce point, notons que la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la Confiance et la Modernisation de l'Economie a supprimé l'obligation pour le Président du Conseil de surveillance ou du Conseil d'administration d'établir un rapport sur les conditions d'organisation et de préparation des travaux du Conseil et sur les procédures de contrôle interne mises en place par la société. Les sociétés faisant appel public à l'épargne restent soumises à cette obligation. Cette suppression met fin bien sûr à une contrainte pour les sociétés concernées. Elle réduit cependant les prérogatives des Présidents du Conseil de surveillance et d'administration qui devaient, du fait du rapport qu'ils avaient à établir, s'informer des procédures de contrôle interne en vigueur dans leur société.

4 - Une unité de direction

Dans la SA à Directoire, l'organe de direction, le Directoire, est nommé par le Conseil de surveillance. Les membres du Directoire, et en particulier le Président du Directoire, n'ont pas le pouvoir de choisir les autres membres du Directoire avec lesquels ils devront pourtant diriger la société. Par ailleurs, il s'agit, comme mentionné ci-dessus, d'un organe collégial, ce qui peut répondre à un besoin et peut ne pas

poser de problèmes si les membres ont une vue commune sur les questions essentielles. En revanche, si le Directoire reproduit les différences de vues qui peuvent exister dans la famille contrôlant la société, le Directoire risque d'être un lieu d'affrontement où les dissensions se manifesteront, avec tous les risques qui en découlent pour la bonne gestion de la société.

Au contraire, dans la SA à Conseil d'administration, il n'y a qu'un Directeur général. Comme rappelé ci-dessus, ce Directeur général peut certes se voir adjoindre des Directeurs généraux délégués qui ont eux aussi tous pouvoirs pour représenter la société vis-à-vis des tiers. Mais, d'une part, ces Directeurs généraux sont chargés d'assister le Directeur général et lui sont donc subordonnés. D'autre part, cette subordination est renforcée par le fait que le Directeur général délégué est nommé par le Conseil d'administration sur proposition du Directeur général et par le fait que les pouvoirs du Directeur général délégué sont définis par le Conseil, en accord avec le Directeur général. Aussi, que ce soit pour sa nomination ou pour ses pouvoirs, le Directeur général délégué dépend du Directeur général.

Contrairement au Président du Directoire, le Directeur général ne peut donc se voir imposer des personnes qu'il ne souhaiterait pas voir participer à la direction générale de la société. Toutefois, une fois le Directeur général nommé, s'il apparaît des dissensions entre celui-ci et le Directeur général, le Directeur général ne pourra pas le révoquer à sa seule convenance. Une telle révocation ne peut intervenir que sur décision du Conseil d'administration sur proposition du Directeur général, ce qui peut limiter singulièrement le lien de subordination.

Quoiqu'il en soit, l'unité de direction qui permet d'éviter certaines dissensions sera plus forte et plus simple à mettre en œuvre dans une SA classique que dans une SA à Directoire et Conseil de surveillance.

5 - Une plus grande fragilité possible de la direction générale

Dans une SA à Directoire, ce dernier est nommé pour la durée prévue par les statuts qui peut être comprise entre deux et six ans. En l'absence de durée statutaire, le Directoire est nommé pour quatre ans.

Dans une SA à Conseil d'administration, le Directeur général est nommé pour une durée librement fixée par le Conseil d'administration, en l'absence de clause statutaire contraire. La durée des fonctions des Directeurs généraux délégués est, quant à elle, fixée par le Conseil d'administration en accord avec le Directeur général. Souvent, les Directeurs généraux et Directeurs généraux délégués seront nommés pour une durée de un an et verront ainsi leurs mandats plus souvent remis en cause que ceux des membres du Directoire.

Par ailleurs, si le Directeur général cumule ses fonctions avec celles de Président du Conseil d'administration, il peut être révoqué *ad nutum*, c'est-à-dire à tout moment, sans préavis, sans indemnités et sans motif. Il doit cependant pouvoir se défendre et sa révocation ne doit pas intervenir dans des conditions portant atteintes à son honorabilité. Ce sont là ses seules protections qui sont donc bien faibles.

En revanche, les membres du Directoire et les Directeurs généraux délégués ou les Directeurs généraux non Présidents ne peuvent être révoqués que pour juste motif. Sans entrer dans la définition du juste motif, son existence même montre que ces personnes sont mieux protégées. Par ailleurs, et sauf si les

statuts en disposent autrement, les membres du Directoire ne sont révocables que par l'assemblée générale des actionnaires, ce qui alourdit la procédure de révocation.

Dans une société familiale, les actionnaires passifs peuvent trouver rassurant que le Président Directeur général puisse être révoqué *ad nutum*. Il s'agit pour eux d'une protection très importante contre ce qu'ils pourraient estimer être des dérives dans la gestion. En sens inverse, le membre de la famille nommé Président et Directeur général peut trouver inconfortable d'être à la merci d'une décision du Conseil d'administration le révoquant.

Ici aussi, il s'agit de trouver un équilibre entre les différents intérêts en présence.

II - La Société par Actions Simplifiée

La Société par Actions Simplifiée présente elle aussi divers avantages, du fait de sa grande souplesse de façon générale, de l'éventail très large dans le choix des organes sociaux, dans leur fonctionnement, ou du fait de ses clauses d'agrément un peu plus larges ou, enfin, de par l'absence de règles limitant le nombre de mandats de Président de SAS exercés par la même personne.

A - Une grande souplesse

Seuls vingt articles du Code de Commerce sont spécifiques à la SAS. Par ailleurs, l'article L. 227-5 prévoit expressément qu'il appartient aux statuts de fixer les conditions dans lesquelles la SAS est dirigée. Avec la SAS, il est donc possible de faire du « sur mesure » et de trouver une structure juridique adaptée pour un grand nombre de situations.

Elle présente cependant l'inconvénient découlant de cette souplesse. Soumise à un nombre réduit de textes, ce sont les statuts qui régiront en grande partie son fonctionnement. Ce qui conduit à un double risque : d'une part des possibilités d'ambiguïté ou d'interprétation divergente de ces statuts. Ces possibilités sont d'autant plus embarrassantes que chaque SAS étant régie par des statuts qui lui sont propres, chaque SAS constitue ainsi un cas particulier, et il est à parier qu'une décision jurisprudentielle concernant une SAS ne sera souvent pas applicable à une autre SAS. D'autre part, il y a aussi un risque significatif que se présentent des situations que n'auront pas prévues les statuts, laissant les parties dans l'ignorance de leurs droits et obligations.

De son côté, si la SA peut apparaître comme une structure plus difficile à gérer soumise à une réglementation précise pour ne pas dire tatillonne, elle présente cependant l'avantage qui résulte de ces inconvénients. Très réglementée, elle laisse, comparée à une SAS, peu de place à l'interprétation et les droits et obligations de chacun sont dans l'ensemble bien connus. Et ce, d'autant plus que, même si sa réglementation fait l'objet de changements fréquents, la jurisprudence a souvent l'occasion de clarifier un certain nombre de zones d'ombre.

B - Les organes de contrôle et de direction

Comme indiqué, la plus grande liberté est de règle. Il est possible de prévoir le plus simple, avec en tout et pour tout un seul Président qui assure seul la totalité de la direction de la société, sous le contrôle, lointain, des actionnaires. Une telle solution risque d'être peu souvent retenue s'agissant de sociétés familiales. Il est également possible d'aller vers l'autre

extrême en s'inspirant de la SA à Directoire et Conseil de surveillance en ajoutant d'autres organes collégiaux ayant des missions spécifiques sur tels ou tels sujets sensibles, comme la rémunération des dirigeants, ou ayant des droits particuliers, comme réaliser des audits de la société. Cependant, on veillera dans de telles hypothèses à ne pas trop compliquer et multiplier les organes ce qui pourrait nuire à un bon fonctionnement de l'entreprise.

A titre d'exemple non limitatif, il est possible de créer des organes appelés comités d'orientation n'ayant qu'un rôle d'assistance de la direction qui pourra les consulter uniquement si elle le souhaite. Un tel organe présente l'intérêt pour les dirigeants de pouvoir ne consulter ce comité que lorsqu'ils en ont un réel besoin et d'éviter des réunions purement formelles parce qu'il est prévu une réunion périodique.

C - Un fonctionnement des organes sociaux sur mesure

Au cours des dernières années, les règles relatives au fonctionnement des organes sociaux des SA ont été peu à peu assouplies. Il est ainsi permis de convoquer les actionnaires de SA par courrier électronique si l'actionnaire concerné en est d'accord et confirme son accord par écrit. Il est encore permis, sauf si les statuts l'interdisent, de considérer comme présents aux réunions du Conseil d'administration les administrateurs qui y participent par des moyens de visioconférence. La loi du 26 juillet 2005 a ajouté que seraient également considérés comme présents les administrateurs participant grâce à certains moyens de télécommunication. Mais la loi exclut de ce mode de réunion certaines décisions jugées importantes comme l'arrêté des comptes annuels.

Avec une SAS, il est possible de prévoir librement comment se tiendront les réunions des organes sociaux, comment ils seront convoqués et sous quels délais. Pour peu que les membres des organes sociaux soient dispersés à travers le monde, il sera donc possible de prévoir des réunions par téléphone par exemple, convoquées sans délai.

D - Les clauses d'agrément

Le contrôle du capital et des éventuelles cessions d'actions est une question essentielle dans une société familiale.

Ce contrôle peut s'effectuer par le biais d'une clause d'agrément. On rappelle que de telles clauses, qui apparaissent en principe dans les statuts, permettent de soumettre les cessions d'actions de la société au contrôle d'un organe social (dans les SA classiques, le plus souvent au Conseil d'administration). Sans entrer dans le détail, si la cession projetée n'est pas agréée par cet organe, elle ne peut avoir lieu. Le Conseil d'administration ou le Directoire, suivant les cas, doivent faire acquérir les actions à céder par un actionnaire, par un tiers ou par la société, si le cédant en est d'accord dans ce dernier cas. Les actionnaires ne sont donc pas prisonniers de la société.

Par ailleurs aussi bien pour les SAS que pour les SA depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, les clauses d'agrément peuvent s'appliquer aux cessions entre actionnaires.

Pour les SA, ces clauses sont régies par les articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de Commerce. Pour les SAS, elles sont régies par les dispositions statutaires. Que ce soit pour les SA et pour les SAS, la sanction d'une cession intervenue sans respecter la procédure statutaire d'agrément est très lourde, puisque une telle cession est nulle (respectivement article L. 228-3 et L. 227-15).

De ce point de vue, la situation de ces formes de sociétés est donc très voisine. Il y a cependant une différence qui peut se révéler importante dans une société familiale dont le capital serait réparti suivant un fragile équilibre. Alors que dans une SAS, la clause d'agrément peut viser toutes les cessions, dans une SA, une telle clause est inapplicable en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession à un conjoint, un ascendant ou un descendant. Dans une SA, certaines cessions à l'intérieur du groupe familial resteront donc libres ce qui peut éventuellement poser des problèmes.

E - Le cumul des mandats

Sans entrer dans le détail de la réglementation applicable aux cumuls de mandats, on rappellera cependant que depuis la loi du 15 mai 2001, une personne ne peut exercer plus d'un mandat de Directeur général de SA. Par exception,

- un deuxième mandat de Directeur général ou un mandat de membre du Directoire ou de Directeur général unique peut être exercé dans une société contrôlée au sens de l'article L. 233-16 par la société dont il est Directeur général ;

- une personne physique exerçant un mandat de Directeur général dans une société peut également exercer un mandat de Directeur général, de membre du Directoire ou de Directeur général unique dans une société, dès lors que les titres de celles-ci ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé.

Des règles identiques existent pour les membres du Directoire. Il existe également des règles limitant le nombre de mandats d'administrateurs ou de membres du Conseil de surveillance qui peuvent être exercés par la même personne. Il n'y a cependant pas de limites au nombre de mandats de Directeur général délégué.

En revanche, il n'existe aucune règle de ce type pour les SAS. Il est donc possible de cumuler autant de fonctions dans des SAS qu'il est nécessaire ou souhaité. Ces fonctions ne sont en outre pas prises en compte pour le calcul des limites prévues pour les SA.

En pratique, il peut y avoir là un avantage significatif si certains membres du groupe familial exercent d'autres mandats par ailleurs et s'ils sont susceptibles d'être touchés par les règles de cumul s'ils viennent à exercer des fonctions dans la société familiale.

F - Les autres aménagements

La SAS étant très souple, de nombreux aménagements sont possibles. Ils sont traités dans l'article consacré aux pactes d'actionnaires.

Comme on l'a vu ci-dessus, il est difficile de recommander de façon générale une structure juridique plutôt qu'une autre. C'est en réalité en fonction de chaque situation particulière, de la place des différents membres de la famille, de leur implication dans l'entreprise, de la présence de tiers... que pourra s'effectuer le choix.

Bruno Pichard,
Avocat,
Ancien Elève de l'École Polytechnique,
IEP Paris DESS en Droit,
Pichard & Associés

HOLDING DE RACHAT D'UNE ENTREPRISE FAMILIALE : DES ASPECTS JURIDIQUES À NE PAS NÉGLIGER



Par Marie Michel-Verron,
Avocat

L'intérêt de mettre en place une Holding dans le cadre d'un rachat d'entreprise familiale

Le recours à une société Holding (une « Holding ») pour l'acquisition d'une entreprise familiale (« la société Cible ») peut répondre à différentes motivations, tout d'abord d'ordre financier car la société Holding peut concentrer l'effort de financement nécessaire à l'acquisition et être dans le même temps et pour la même raison, utilisée comme « réceptacle » des dividendes de chacune des filiales.

L'effet de levier financier peut également se doubler d'un effet de levier juridique lorsque la constitution d'une holding de famille permet d'éviter la dispersion des titres entre les héritiers au sein de la société Cible. Une personne physique qui détient une participation dans la Holding à 51% peut en effet contrôler ou maintenir sa participation dans la société Cible sans nécessairement détenir 100 % des titres. Ce qui est aussi utile si, lors de la transmission de la société familiale, il a été nécessaire de céder une participation à un tiers extérieur à la famille. La constitution d'une société Holding entre les membres de la famille où chacun y regroupe sa participation permet alors d'adopter une politique commune face au tiers extérieur et d'éviter une dispersion des voix.

Des raisons d'ordre fiscal pourront également être invoquées. En effet, lorsqu'une personne physique est désireuse d'acquies personnellement des titres dans une société de capitaux, le droit fiscal ne l'autorise pas en principe à déduire les intérêts d'emprunts qu'elle supporte. En revanche, ils pourront être déduits dans une holding soumise à l'impôt sur les sociétés. Une telle holding entre personnes morales permettra aussi de consolider les résultats bénéficiaires et déficitaires du groupe fiscal qui pourra ainsi être constitué, sous réserve de remplir les conditions requises.

Les reprises d'entreprises sont dès lors fréquemment réalisées par l'intermédiaire de Holdings selon le schéma suivant :

- une Holding soumise à l'impôt sur les sociétés est créée ou utilisée en vue du rachat des actions ou parts sociales d'une société Cible, cette société Holding s'interposant entre le repreneur et la société Cible ;
- les emprunts seront dès lors contractés par la Holding et non par l'acquéreur ;
- la Holding supportera seule la charge de l'emprunt : les intérêts du prêt devront être déductibles d'un point de vue fiscal et les remontées de dividendes distribués par la société Cible seront utilisées afin de rembourser le prêt.

Cette technique dite de rachat d'une société Cible par une société endettée est autrement désignée sous le terme anglo-saxon « LBO » (*Leveraged buy out*).

Elle sera également souvent utilisée lors de la transmission d'une société familiale à l'intérieur de la famille.

Afin d'appréhender les écueils juridiques qui peuvent résulter de l'existence d'une telle structure, il est apparu opportun de procéder à une description des différentes étapes de sa mise en place (I) et des problématiques juridiques liées aux aspects financiers de cette opération (II).

I - La constitution de la Holding

Il n'existe aucune règle juridique particulière imposant une forme spécifique à la société qui servira de Holding. On notera que dans la majorité des cas, la Holding sera spécialement créée pour le montage. Cependant, il n'est pas exclu dans certaines hypothèses d'utiliser une société d'ores et déjà existante.

La forme sociale retenue dépendra essentiellement du but poursuivi. Lorsque la Holding doit permettre le contrôle du pouvoir mais également une activité commerciale (et non civile) et de nouvelles opérations financières, le choix se portera davantage sur des sociétés commerciales dont la responsabilité des actionnaires se limite au montant du capital investi dans la société.

A - Le choix de la forme sociale

Nous ne traiterons par conséquent ici que les formes les plus généralement utilisées en matière commerciale à savoir : la SA, la SAS et la SARL.

Il sera néanmoins nécessaire de vérifier que la forme sociale est également adaptée à l'activité de la société ; les SARL ne peuvent, par exemple, être choisies pour les activités d'assurance, de capitalisation et d'épargne.

1 - La société anonyme

La société anonyme demeure une des formes sociales les plus fréquemment utilisées surtout dans le cadre de rachat d'entreprises industrielles ou financières ayant un besoin de financement important. Ceci s'explique tout d'abord par le fait que cette forme est bien connue des banques et des investisseurs et qu'elle se prête facilement à une structure de contrôle. Elle dispose nécessairement d'un commissaire aux comptes et son capital doit être au minimum de 37 000 euros. Cependant, son fonctionnement est de plus en plus lourd, surtout depuis les dernières lois NRE, Sécurité Financière ainsi que l'Ordonnance du 24 juin 2004.

Il n'en reste pas moins que la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la Confiance et la Modernisation de l'Economie a prévu des dispositions permettant de faciliter l'organisation des sociétés anonymes. La tenue des conseils et des assemblées générales a ainsi été facilitée. Notamment, les obligations de quorum ont été allégées. Le quorum pour la tenue des assemblées générales ordinaires est réduit du quart au cinquième des actions ayant droit de vote, et le quorum pour les assemblées générales extraordinaires est désormais du quart des actions ayant droit de vote sur 1^{ère} convocation et du cinquième en 2^{ème} convocation.

On soulignera par ailleurs que la loi du 26 juillet 2005 a supprimé l'obligation pour les Présidents du Conseil d'administration de rédiger un rapport sur les procédures de contrôle interne dans les sociétés non cotées.

En outre, à la différence d'une SARL ou d'une SAS, la société anonyme peut faire l'objet d'une introduction en bourse sous réserve du respect de certaines conditions.

La question du choix d'une SA étant déjà abordée dans un autre article, elle ne sera pas davantage développée ici.

2 - La société par actions simplifiée

La société par actions simplifiée reste sans conteste la forme sociale la plus souple et sera souvent adaptée à la constitution d'une Holding car, en majeure partie, son organisation et son fonctionnement dépendent de la seule volonté de ses associés.

Les associés jouissent en effet d'une grande liberté pour déterminer les conditions et formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives des associés (1), les conditions de transfert des actions, le droit à l'information, et la direction de la société. D'un point de vue légal, la société est représentée par un Président et le cas échéant par un Directeur général.

Néanmoins, il peut être institué un organe interne chargé de contrôler la gestion de ce Président ou de ce Directeur Général. Les statuts peuvent par ailleurs prévoir une

1) Les statuts déterminent ainsi à quelles conditions de majorité sont prises les décisions collectives. Certaines clauses statutaires ne peuvent cependant être modifiées qu'à l'unanimité. Tel est le cas par exemple des décisions modifiant la clause d'agrément, d'exclusion d'un associé ou réglementant le changement de contrôle de la société.

interdiction pour les associés de céder leurs titres pendant une durée déterminée, à la seule condition que cette durée n'excède pas 10 ans.

A l'instar des sociétés anonymes, le capital minimum requis est de 37 000 euros et la présence d'un commissaire aux comptes est obligatoire. A la différence d'une SA, la SAS peut toutefois être valablement détenue par une seule personne physique ou morale, ce qui, dans le cas d'une transmission d'une entreprise familiale pourra représenter un intérêt.

Si la Holding ne doit avoir qu'un rôle très limité, la seule détention de la Cible par exemple, la forme de SAS peut être d'autant plus recommandée. Dans un tel cas, ce qui comptera c'est ce qui se passera dans la société Cible et c'est donc dans la société Cible, société d'exploitation, que se poseront les questions d'organisation du pouvoir de direction et de contrôle entre les différents actionnaires familiaux. Cette question est abordée dans les études relatives au pacte d'actionnaires et au choix de la structure juridique de la société Cible.

3 - La société à responsabilité limitée

Depuis la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'Initiative Economique et l'Ordonnance du 25 mars 2004, la constitution de la SARL s'est considérablement simplifiée.

Une SARL peut être détenue par un seul associé avec un capital minimum de 1 euro. On notera cependant que dans le cas d'une Holding de rachat, il sera indispensable de vérifier que la société dispose de capitaux propres suffisants pour permettre l'emprunt. Il est peu probable que les organismes prêteurs se contentent d'un capital de 1 euro. On rappellera en effet que les tribunaux considèrent que l'insuffisance du capital d'une SARL, pourtant conforme au montant minimum légal, révèle une imprudence fautive des gérants fondateurs susceptible d'engager leur responsabilité personnelle pour faute de gestion (2). Par ailleurs, notons qu'en cas d'ouverture de procédure collective, les dirigeants peuvent être condamnés à combler le passif social pour avoir créé une société sans apporter de fonds propres suffisants. Cette règle de fonds propres suffisants est également applicable aux SA et SAS.

2) Voir Lamy Sociétés Commerciales n° 2892.

La clause d'agrément est de droit car elle est imposée par le Code de Commerce et peut même concerner les cessions entre associés.

Du côté des dirigeants, l'avantage de la SARL réside dans le fait que le statut de gérant offre une plus grande sécurité juridique que celle du mandat de Directeur Général ou d'administrateur dans une SA, par exemple. En effet, le gérant ne peut pas être révoqué *ad nutum*, c'est-à-dire sur simple décision des associés. Notamment, il faut invoquer de justes motifs ; à défaut la société devrait être tenue de verser des dommages intérêts. Par ailleurs, les pouvoirs du gérant sont en principe moins encadrés par rapport à ceux du Président de SAS ou de SA, la loi n'ayant pas prévu d'organe de contrôle de gestion tel que le Conseil d'administration ou le Conseil de surveillance dans les SA. Ces avantages seront cependant certainement des inconvénients si l'on se place du côté des associés.

En ce qui concerne les associés, des aménagements pourront être entrepris au niveau de la majorité aux décisions ordinaires. En effet, bien qu'en vertu de la loi, les décisions aux assemblées ordinaires soient prises à la majorité des parts sociales plus une voix (majorité absolue), rien n'interdit de prévoir dans les statuts que les décisions ordinaires seront prises à une majorité plus élevée que celle prévue par la loi (3). Cette solution permet de protéger les intérêts d'un associé lorsque l'autre associé possède à lui seul plus de la moitié des parts sociales.

3) Article L. 223-29 du Code de Commerce *a contrario*. Cette solution n'est en revanche pas permise s'agissant des décisions extraordinaires.

Toutefois, comme la SAS, la SARL ne peut pas faire appel public à l'épargne. Elle ne peut émettre de valeurs mobilières à l'exception d'obligations, sous réserve du respect de certaines conditions (4).

4) L'émission d'obligations n'est possible que si la SARL est tenue d'avoir un commissaire aux comptes à raison du dépassement de deux au moins des trois seuils fixés par les textes : 1 550 000 euros de total de bilan, 3 100 000 euros de chiffre d'affaires, 50 salariés.

Dans la mesure où la SARL ne peut émettre de valeurs mobilières composées et n'a pas l'obligation de nommer un commissaire aux comptes, cette forme de société, qui plus est interdite pour certaines activités, a en réalité relativement peu la faveur des praticiens.

B - La mise en place de systèmes de contrôle au sein de la Holding et organisation de la répartition des pouvoirs entre les associés

1 - Le Pacte d'actionnaires

Lorsque la reprise d'une société Cible est organisée entre plusieurs membres de la famille, il n'est pas rare qu'un contrat rappelant la finalité de l'opération, règlementant la répartition des pouvoirs et les conditions de sortie de la Holding, soit mis en place.

La rédaction d'un pacte d'actionnaires est un exercice délicat car il faut veiller à ce que le contrôle de près de la gestion par un groupe d'associés ne soit pas considéré comme de la gestion de fait.

La portée juridique d'un pacte d'actionnaires est par ailleurs moins forte que celle des statuts. A la différence des statuts, ce contrat n'est pas opposable aux tiers. Le pacte a pour avantage de régler tout type de rapport entre les parties mais a pour inconvénient certain de ne pas avoir la même force obligatoire que les dispositions inscrites dans les statuts. En cas de non-respect d'une clause du pacte, la partie lésée ne pourra en principe réclamer que des dommages et intérêts à l'encontre de la partie défaillante et non demander l'exécution forcée de la clause. Cette question, soumise d'ailleurs à controverse, fait l'objet d'une étude plus approfondie dans un autre article intitulé « pacte d'actionnaires ».

2 - Le recours aux actions de préférence

Les actions de préférence créées par l'Ordonnance du 24 juin 2004 (5) pourraient présenter de nombreux intérêts dans les montages LBO. Rappelons que la mise en place d'actions de préférence n'est possible que dans le cadre de SA ou SAS.

L'intérêt pratique réside dans le fait que les droits attachés aux actions de préférence ne sont pas prévus par la loi mais librement déterminés par les actionnaires de la société dans le cadre de la décision d'émission de ces actions. Des prérogatives d'ordre financier ou politique pourront être assorties à ces actions.

De même, la liberté est telle qu'il est possible de concevoir que les droits attachés aux actions soient exercés dans des sociétés autres que la société émettrice.

On pourrait par exemple prévoir d'attacher aux droits des actions de préférence émises au sein de la Holding un droit de consultation préalable lors de décisions adoptées à l'intérieur de la société Cible. Il sera nécessaire dans ce cas de respecter la hiérarchie des organes sociaux et de prévoir une sanction adéquate en cas de violation de ce droit.

Plus généralement, il sera possible d'envisager que les actionnaires pourront disposer d'un droit d'information au sein de la société Cible.

En ce qui concerne les prérogatives d'ordre financier, les actionnaires familiaux « passifs » pourront souhaiter un dividende par priorité car les membres « actifs » seront déjà rémunérés pour leur fonction, leur permettant ainsi d'obtenir un retour sur investissement minimum.

Les actions de préférence peuvent ainsi présenter des avantages non négligeables par rapport au pacte d'actionnaires, bien qu'elles aient pour inconvénient d'être statutaires.

II - L'utilisation des ressources et excédents de trésorerie de la société Cible au profit de la Holding endettée

Afin de profiter au maximum de l'effet de levier, il est souhaitable que la société Holding s'endette fortement et que la société Cible dispose d'une trésorerie et de profits suffisamment importants pour que les remontées de trésorerie effectuées au profit de la société Holding permettent le remboursement des emprunts contractés par cette dernière.

5) Article L. 228-11 du Code de Commerce.

Plusieurs procédés de « remontée de trésorerie » de la société Cible à la Holding sont techniquement envisageables, à savoir :

- la distribution de dividendes par la société Cible,
- la réduction de capital de la société Cible par rachat d'actions,
- le prêt de la société Cible,
- la fusion rapide entre la Holding et la Cible.

D'un point de vue juridique, ces procédés sont pour certains risqués voire même interdits. En effet, ils peuvent être sanctionnés en vertu des trois règles suivantes :

- les dispositions de l'article L. 225-216 du Code de Commerce interdisant à une société d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de consentir une sûreté en vue de la souscription ou l'achat de ses propres actions (6);
- les dispositions relatives à l'abus de biens sociaux posées par l'article L.242-6-3^o du Code de Commerce (7) ;
- enfin les dispositions de l'article L. 242-6-4^o du Code de Commerce sanctionnant l'abus de pouvoirs des mêmes peines que l'abus de biens sociaux (8).

Que la Cible soit une société familiale ne change pas les principes généraux exposés ici.

A - La distribution de dividendes par la société Cible

Le procédé de remontée de trésorerie le plus généralement utilisé est la distribution de dividendes au sein de la société Cible. Cette distribution est décidée en principe au moment de l'assemblée générale ordinaire annuelle approuvant les comptes, mais peut également être décidée en cours d'année, si les comptes de la Cible le permettent.

L'Assemblée Générale Ordinaire de la société Cible peut ainsi décider en cours d'année la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition.

Le Conseil d'administration ou le Directoire dans les SA, le Président dans les SAS (9) ou le gérant dans les SARL, peuvent également décider de verser en dehors du cadre de l'Assemblée Générale Ordinaire annuelle des acomptes sur dividendes sous réserve de l'établissement d'un bilan certifié par un commissaire aux comptes. Celui-ci fait apparaître que la société, depuis la clôture de l'exercice précédent, a réalisé un bénéfice d'un montant égal à celui des acomptes après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter aux réserves légale et statutaire et compte tenu du report à nouveau bénéficiaire.

Une distribution de dividendes ou de réserve est en principe parfaitement légale (10). Elle ne tombe en particulier pas sous le coup de l'article L. 225-216 du Code de Commerce car il ne s'agit ni d'une prise de sûreté ni d'une avance de fonds. Le dividende est en effet la propriété de l'actionnaire et n'est pas remboursable.

La distribution de dividendes ne peut donc être critiquable que si elle est excessive d'une façon ou d'une autre. Cet excès se mesurera par rapport aux ressources de la société Cible. A titre d'exemple, ne devrait pas poser de problème une distribution massive de dividendes ou de réserves si celle-ci est financée grâce aux placements de la société en SICAV dont la Cible n'a pas l'usage. En revanche, une distribution de dividendes qui affaiblirait la société Cible parce qu'elle serait prélevée sur les ressources dont celle-ci aurait besoin pourrait être sanctionnée. L'appréciation de ce risque se fera donc au cas par cas, sans qu'il soit possible de dégager une règle générale.

En présence de minoritaires dans la société Cible, il faudra éviter que des distributions systématiques ne soient constitutives d'un abus de majorité. La distribution pourra en effet être annulée pour abus de majorité si la décision de distribution a été réalisée contrairement à l'intérêt social, dans le seul but de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires. La jurisprudence retient notamment l'abus de majorité en ce qui concerne les résolutions tendant à vider de leur substance le patrimoine de la société au profit de Holding dans lequel le groupe majoritaire a des intérêts prépondérants (11).

6) Article L. 225-216 du Code de Commerce : « Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers. Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux opérations courantes des entreprises de crédit ni aux opérations effectuées en vue de l'acquisition par les salariés d'actions de la société, d'une de ses filiales ou d'une société comprise dans le champ d'un plan d'épargne de groupe prévu à l'article L. 444-3 du Code du Travail ».

7) Article L. 242-6-3^o du Code de Commerce: « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375.000 euros le fait pour (...) le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

8) Article L. 242-6-4^o du Code de Commerce: «Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

9) Bien qu'aucune disposition ne le prévoit expressément dans le Code de Commerce.

10) Par un arrêt du 15 novembre 1994, la Cour de Cassation a confirmé que les distributions de dividendes par une société cible au profit du cessionnaire n'étaient pas contraire à la loi. Voir commentaires de Bruno Pichard dans *Les Echos* du 15 février 1995.

11) CA Rouen, 17 mars 1970, 2^{ème} ch., Jean Canthelou et autres c/ Société des Anciens Etablissements Gasse Frères et Canthelou Réunis, *Gaz. Pal.* 1970 II jur. P. 236.

B - La réduction de capital de la société Cible

La réduction de capital par voie de rachat d'actions peut également être un moyen de remonter de la trésorerie. De ce point de vue, elle présente les mêmes risques qu'une distribution de dividendes si elle est excessive.

La réduction de capital est généralement moins usitée car elle est en pratique plus longue et plus lourde dans sa mise en place qu'une simple distribution de dividendes.

En effet, l'opération nécessite le respect de délais impératifs, comme notamment le délai d'opposition de vingt jours réservé aux créanciers pour leurs oppositions éventuelles à partir du dépôt au greffe de la décision de réduction de capital (12). La production d'un rapport spécial du commissaire aux comptes statuant sur les motifs et les droits des actionnaires est également nécessaire. Enfin, cette opération implique la modification des statuts de la société, ce qui n'est pas sans occasionner certains frais par rapport à une simple décision de distribution de dividendes décidée par les actionnaires dans le cadre d'une Assemblée Générale Ordinaire.

D'un point de vue fiscal, elle peut aussi être coûteuse.

C - Le prêt de la société Cible à la société Holding

Si la société Cible dispose de ressources suffisantes, la Holding se trouve naturellement tentée de se faire prêter des fonds par sa filiale. Quels sont les risques d'une telle opération ? Le prêt pourrait être sanctionné au titre des dispositions des articles L. 225-216 et L. 242-6-3° du Code de Commerce (13).

1 - L'article L. 225-216

Si la société Cible consent un prêt ou une avance de trésorerie à sa société mère en vue du remboursement d'une partie ou de la totalité du prêt consenti à la société Holding ou des intérêts de ce prêt, l'opération risque d'être considérée comme contrevenant aux règles posées par l'article L. 225-216 du Code de Commerce et par l'article 242-6-3° du même code sur l'abus des biens sociaux, rappelé ci-dessus.

En ce qui concerne l'article L. 225-216, on relèvera que cet article a une portée particulièrement large. Tout type de financement par la Cible serait ainsi visé, que ce soit de manière directe ou indirecte. Par ailleurs, bien que le texte semble se limiter aux opérations réalisées antérieurement ou simultanément au rachat des actions, une partie de la doctrine (14) considère que la chronologie des opérations importe peu, dès lors que l'assistance a été consentie « en vue du » rachat des actions (15).

La finalité économique du financement est ainsi essentielle pour déterminer si l'opération rentre ou non dans le champ d'application de l'article L. 225-216.

En cas de non-respect de cette interdiction, la sanction est double : sur le plan civil, on considère le plus souvent que l'acte de prêt encourt la nullité, conformément à l'article L. 235-1 du Code de Commerce, et sur le plan pénal, l'article L. 242-24 du Code de Commerce prévoit qu'est passible d'une amende de 9 000 euros « le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, d'effectuer, au nom de celle-ci, les opérations interdites par le premier alinéa de l'article L. 225-216 ».

Il est à noter cependant que les dispositions de l'article L. 225-216 du Code de Commerce ne sont pas applicables aux SARL et aux sociétés de personnes. Elles ont fait par ailleurs l'objet de peu de décisions de jurisprudence.

2 - L'abus de biens sociaux

S'agissant de l'article L. 242-6-3 relatif à l'abus de biens sociaux, le risque est plus nuancé.

Tout d'abord, le risque de voir ce délit invoqué paraît relativement plus faible dans la mesure où l'abus de biens sociaux nécessite la réunion des trois critères suivants : un usage contraire à l'intérêt social, la poursuite d'un intérêt personnel et la mauvaise foi, ce qui sera plus rarement le cas, par exemple, s'agissant d'un groupe de sociétés.

12) En ce qui concerne une réduction de capital non motivée par des pertes dans les SARL, s'il existe un commissaire aux comptes, le projet de réduction du capital devra lui être communiqué au moins 45 jours avant la consultation des associés. Ce délai n'existe plus pour les SA.

13) Il faudra en outre veiller à ce que l'opération de prêt ne soit pas constitutive d'une faute de gestion pour les dirigeants de la société Cible car le prêt pourrait, dans certains cas, être considéré comme contraire à l'intérêt social de la société Cible. Par ailleurs, le prêt ne devra pas tomber sous le coup de l'article L. 551-5 du Code Monétaire et Financier interdisant les opérations de banque à titre habituel.

14) Voir *Lamy Sociétés Commerciales* 2005 n°4447.

15) Aucune décision de jurisprudence n'a, à notre connaissance, été rendue en ce qui concerne la chronologie des opérations.

Par ailleurs, en matière d'opérations financières intervenant au sein d'un groupe de sociétés, la jurisprudence a élaboré une théorie de l'intérêt commun du groupe qui permet, lorsque les critères sont réunis, aux dirigeants sociaux de s'exonérer du délit d'abus de biens sociaux (16).

16) Cass. Crim., 4 février 1985, n° 84-91581.

Il ressort de cette jurisprudence dite *Rozemblum* que : « le concours financier apporté par des dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe et ne doit être ni démenti 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. »

Trois critères sont donc retenus pour échapper au délit d'abus de biens sociaux au sein d'un groupe de sociétés :

- l'existence d'un groupe,
- l'intérêt commun du groupe,
- les contraintes financières justificatives.

L'intérêt commun du groupe suppose que soient pris en compte une **stratégie globale** et l'ensemble des relations existant au sein du groupe.

A défaut, si l'opération ne présente pas de réalité économique et paraît uniquement justifiée par l'intérêt financier de la Holding et non du groupe, l'exonération du délit d'abus de biens sociaux ne sera pas admise par les tribunaux. La Cour de Cassation a ainsi retenu le délit d'abus de biens sociaux en présence d'un groupe de sociétés, dès lors que « les transferts de trésorerie ont été nécessaires pour permettre à la société holding d'honorer les engagements financiers pris à l'occasion du rachat de la cible, et que de tels faits, loin de constituer une politique de groupe (...), ne profitaient en réalité qu'à la société mère qui payait ainsi l'acquisition de sa filiale par la trésorerie de cette dernière » (17).

17) Cass. Crim., 24 Juin 1991, n°90-86584.

D - La fusion rapide

Un autre moyen de faciliter le financement de l'acquisition par la société Cible imaginé par la pratique est de procéder à une fusion rapide entre la société Cible et la société Holding avant le terme de l'emprunt contracté par la Holding. Une fois la fusion réalisée, la totalité de la trésorerie ainsi que les actifs dont dispose la société Cible peuvent servir à rembourser le prêt.

La fusion rapide évite éventuellement le décalage de trésorerie pouvant résulter de la remontée des dividendes et du règlement des échéances du prêt.

Bien qu'attrayant à plusieurs égards, ce schéma dit de « fusion rapide » se révèle risqué car il peut contrevenir non seulement à des principes d'ordre fiscal (qui ne seront pas traités ici) mais aussi d'ordre juridique. Il s'agit là d'une question qui reste controversée, et en pratique, chaque cas devra faire l'objet d'une étude spécifique.

1 - Le risque au regard de l'article L. 225-216

En premier lieu, la violation des dispositions de l'article L. 225-216 pourrait être invoquée car cette opération de confusion de patrimoine revient en réalité à faire financer par la Cible l'achat de ses propres actions.

L'on pourrait soutenir à l'inverse que la fusion ne peut juridiquement être considérée comme un prêt ou comme une avance. Dans la fusion, aucun prêt ou avance n'intervient. Ultérieurement, aucun remboursement ne peut intervenir entre les deux sociétés qui n'en font plus qu'une.

En réalité, pour que l'article L. 225-216 soit applicable, il faut donc démontrer que la fusion réalisée est en fait en fraude à cet article.

2 - L'abus de majorité

En second lieu, la fusion pourrait être annulée pour abus de majorité s'il est démontré que l'opération a été réalisée contrairement à l'intérêt social et dans le seul but de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires.

Dans la mesure où la fusion rapide a pour effet de localiser l'emprunt d'acquisition dans le patrimoine de la société Cible, cette opération pourrait constituer un abus de majorité, par exemple, dans l'hypothèse où cette fusion reviendrait en réalité à faire souscrire par la Cible un emprunt trop lourd sans contrepartie pour elle.

Ce pourrait être le cas si la Holding n'a qu'un actif à son bilan, la Cible, et au passif, l'emprunt lui ayant permis de l'acheter.

3 - L'abus de bien social

L'opération de fusion rapide risque-t-elle d'être qualifiée d'abus de bien social au sens de l'article L. 242-6-3 précité, étant alors considérée comme contraire à l'intérêt social et favorisant des intérêts particuliers ?

On pourrait arguer que ce risque est moins certain que dans le cas de l'octroi d'un prêt par la société Cible, dans la mesure où l'infraction vise en réalité le fait de mandataires sociaux d'une société anonyme (à savoir, le Président, les administrateurs ou les Directeurs généraux). Or, la décision de fusionner les deux sociétés revient aux actionnaires et non aux mandataires sociaux.

Toutefois, l'infraction pourrait être caractérisée dans le cas où le repreneur personne physique est également dirigeant de la société Cible.

Il sera en tout état de cause nécessaire d'établir que les trois critères de l'infraction sont bien réunis (voir supra).

4 - L'abus de pouvoirs

La jurisprudence a enfin retenu, pour condamner les auteurs d'une fusion rapide, le délit d'abus de pouvoirs au sens de l'article L. 242-6-4° du Code de Commerce. L'article 241-3-5° prévoit des sanctions identiques à l'encontre des gérants de SARL.

Bien que cet article vise l'usage de voix ou de pouvoirs dont disposent les dirigeants, les éléments constitutifs de l'infraction sont identiques à ceux du délit d'abus de biens sociaux (voir supra).

Il a tout de même été jugé dans le cadre d'une fusion rapide que le Président et actionnaire principal de la société Holding devenu Président de la société Cible, qui avait décidé la fusion absorption de la société mère par la filiale dans le but d'éteindre, par voie de confusion la créance que la société Cible détenait sur la Holding et obtenu dans ce cadre l'approbation des actionnaires, s'était rendu coupable d'un délit d'abus de pouvoirs (18).

18) Cass Crim., 10 juillet 1995, n° 94-82665.

Le sens de la fusion importe peu d'un point de vue juridique.

En conclusion, chaque situation doit être analysée au cas par cas. Il n'en demeure pas moins qu'une opération de LBO, pour être réussie, devra reposer sur les principes essentiels suivants :

- La société Holding devra être en mesure de disposer d'une trésorerie suffisante, gage de pérennité du montage financier mis en place ;
- Pour autant, la société Cible devra être d'une bonne rentabilité ou, à tout le moins, appréciée à sa juste valeur ;
- La participation des différents intervenants à un tel montage devra être définie de la manière la plus précise possible (que ce soit dans les statuts de la Holding ou de la Cible, dans le pacte d'actionnaires ou dans le cadre de l'émission d'actions de préférence).

Marie Michel-Verron,
Avocat,
Pichard & Associés

L'ISF DU FONDATEUR ET DE SES SUCCESSEURS APRÈS LA TRANSMISSION



Par Bruno Dervieu,
Avocat

Dès lors qu'un chef d'entreprise transfère par donation ou par cession à un proche une partie des titres qu'il détient dans sa société, se pose le problème de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), les titres qu'il conserve risquant de ne plus être exonérés au titre des biens professionnels. Il est donc nécessaire, au vu des conditions de l'exonération, de voir dans quelle mesure le chef d'entreprise les remplit encore après le transfert des titres.

S'il conserve au sein du groupe familial une participation minimum et s'il peut continuer à exercer une fonction de direction au sein de la société, ses titres pourront être exonérés d'ISF.

Une fois la transmission réalisée, les nouveaux actionnaires familiaux devront aussi savoir si leurs titres sont ou non soumis à l'ISF. Les conditions d'exonération seront les mêmes pour eux que pour l'ancien chef d'entreprise.

A défaut de pouvoir remplir ces conditions, les titres conservés dans le patrimoine seront soumis à l'ISF. Il est toutefois possible de diminuer le coût de cet impôt. L'un des moyens d'y parvenir, lorsque les titres restent au sein du groupe familial, est de prendre l'engagement de les conserver pendant 6 ans.

I - A quelles conditions des droits sociaux peuvent-ils être considérés comme des biens professionnels exonérés d'ISF ?

Aux termes des articles 885 O à 885 O quinquies du Code Général des Impôts (CGI), les parts de sociétés de personnes soumises à l'impôt sur le revenu et les parts ou actions de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés de droit ou sur option lorsque ces sociétés exercent à titre principal une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, peuvent bénéficier sous certaines conditions de l'exonération au titre des biens professionnels.

Pour les parts de sociétés de personnes, les conditions sont relativement simples. Elles sont considérées comme des biens professionnels en dehors de tout pourcentage de détention dès lors que leur détenteur exerce dans la société son activité professionnelle à titre principal et de manière effective. Cette activité, qui doit être de nature industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole est, à l'instar des exploitants individuels, celle qui constitue l'essentiel de l'activité économique du contribuable et qui lui procure les moyens de vivre. Mais la personne qui, après le transfert de ses droits sociaux, deviendrait simplement salarié de l'entreprise ne pourrait pas prétendre à l'exonération des titres puisque cette activité n'entre pas dans le champ d'application de l'article 885 O du CGI.

En définitive, dans le cas où il n'est pas démontré que le détenteur des parts exerce une activité professionnelle à titre principal, il n'est plus possible de considérer les parts encore détenues après le transfert comme des biens professionnels.

Les sociétés de personnes soumises à l'impôt sur le revenu étant plus rares, seules seront ici abordées en détail les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés.

A - Pour les titres de sociétés soumises à l'IS, les conditions sont draconiennes

Aux termes de l'article 885 O bis du Code Général des Impôts, et d'une instruction administrative 7 R-1-89 du 28 avril 1989, les parts ou actions de sociétés soumises à l'IS sont considérées comme des biens professionnels et sont donc exonérées d'ISF lorsque :

- leur propriétaire exerce l'une des fonctions de direction limitativement énumérées,
- qui lui procurent plus de la moitié de ses revenus professionnels,
- et détient au moins 25% des droits financiers et des droits de vote de la société.

Le seuil de 25% n'est toutefois pas exigé si la valeur des parts ou actions détenues directement excède 50% de la valeur brute du patrimoine taxable à l'ISF (*incluant les titres en question*) ou si les titres sont détenus par une personne relevant de l'article 62 du CGI (*gérant majoritaire de SARL n'ayant pas opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes, gérants de sociétés en commandites par actions, ainsi que les associés en nom de sociétés de personnes et membres de sociétés en participation lorsque ces sociétés ont opté pour le régime fiscal des sociétés de capitaux*).

1 - Maintien d'une fonction personnelle de direction

En premier lieu, pour que les titres de sociétés soumises à l'IS soient considérés comme des biens professionnels, il faut que le dirigeant continue d'exercer, suivant la forme de son entreprise, l'une des fonctions suivantes :

- Dans les SARL et sociétés en commandites par actions, il s'agit du gérant de droit qui doit être nommé conformément aux statuts. Les fonctions de Président du Conseil de surveillance d'une société en commandite par actions entrent aussi dans les prévisions de l'article 885 O bis du CGI.
- Dans les sociétés anonymes, il s'agit, conformément aux statuts, du Président du Conseil d'administration, du Directeur général et des Directeurs généraux délégués, à la condition que ces personnes exercent effectivement les fonctions qui leur

sont dévolues par la loi. Il s'agit également des membres du Directoire et du Président du Conseil de surveillance.

- Les dirigeants de SAS peuvent également bénéficier de l'exonération d'ISF s'ils exercent des fonctions dont l'étendue est équivalente à celles exercées par les dirigeants de sociétés anonymes.

- Enfin, dans les sociétés de personnes soumises sur option à l'impôt sur les sociétés (SNC, société en commandite simple, société en participation), chacun des associés en nom, dès lors qu'il exerce des fonctions de direction, peut prétendre à bénéficier de l'exonération.

Lors de la transmission de l'entreprise familiale, il faudra donc examiner la situation de chacun des membres du groupe familial pour déterminer s'il est soumis à l'ISF et s'il souhaite être exonéré d'ISF sur les titres de la société. Il faudra alors choisir une structure juridique appropriée permettant à ceux qui le souhaitent de remplir les fonctions de direction prévues par la réglementation. A titre d'exemple, on verra ainsi souvent un fondateur prendre les fonctions de Président du Conseil de surveillance d'une société anonyme à Directoire. De façon générale, les règles applicables à l'ISF pourraient se révéler une incitation à conserver des fonctions au sein de l'entreprise.

2 - Une fonction toujours effectivement exercée et rémunérée de manière significative

Trois conditions cumulatives doivent être remplies :

- des fonctions exercées effectivement,
- une rémunération normale,
- une rémunération représentant plus de 50% des revenus professionnels.

Les fonctions doivent être effectivement exercées au 1^{er} janvier de l'année d'imposition. L'appréciation de l'exercice effectif des fonctions est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges qui refusent par ailleurs que ces fonctions soient exercées indirectement via une autre société, alors même que le propriétaire des titres est dirigeant de cette dernière entreprise.

Selon l'administration, la rémunération sera considérée comme normale dès lors que son montant sera en rapport avec la rémunération courante des personnes exerçant pleinement une des fonctions considérées compte tenu de la nature, l'importance et les résultats de l'entreprise. Lorsque la personne exerce par ailleurs dans l'entreprise une autre fonction, l'administration, à la différence du juge, considère que la rémunération de celle-ci peut être également prise en compte.

Enfin, pour pouvoir bénéficier de l'exonération, la rémunération attachée à la fonction doit représenter plus de la moitié des revenus professionnels de l'intéressé, nets de charges fiscalement déductibles, à raison desquels il est soumis à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements et salaires, bénéfices industriels et commerciaux, bénéfices agricoles, bénéfices non commerciaux revenus des gérants de société mentionnés à l'article 62 du CGI. Les revenus qui ne sont pas professionnels mais qui proviennent du patrimoine ne sont pas retenus (revenus de capitaux mobiliers, plus-values, revenus fonciers, rentes viagères et pensions).

Ainsi, dès lors qu'ils sont déclarés dans la catégorie des revenus des capitaux mobiliers, il n'y a pas lieu de retenir comme rémunération les jetons de présence ordinaires alloués à un Président du Conseil d'administration en contrepartie de sa présence aux réunions du Conseil. Par contre, la rémunération spécifique reçue par le Président du Conseil de surveillance en application de l'article L. 225-81 du Code de Commerce (activité effective) pourra être retenue comme revenu professionnel pour l'application de la condition relative au montant de la rémunération.

Dans l'hypothèse où le fondateur est marié, et où chacun des époux (la règle est la même pour les concubins, et pour les partenaires liés par un PACS) exerce une activité professionnelle, la proportion de 50% s'apprécie distinctement pour chacun d'eux.

3 - La nécessité pour le groupe familial de maintenir un seuil minimum de détention de capital

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 885 O bis du CGI, le dirigeant doit posséder 25% au moins des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres émis par des sociétés dans lesquelles il exerce l'une des fonctions mentionnées supra. Toutefois, la condition de 25% au moins du capital de la société n'est pas exigée des gérants et associés visés à l'article 62 du CGI, à savoir : les gérants majoritaires statutaires de SARL, les gérants des sociétés en commandites par actions, les associés en nom des sociétés de personnes ou des sociétés civiles qui ont opté pour l'impôt sur les sociétés.

En définitive, seuls les dirigeants de sociétés anonymes et de SAS et les gérants minoritaires de SARL sont tenus de respecter le seuil de détention de 25%.

La détention d'une participation minimum de 25% est double. Elle s'entend des détentions à la fois de 25% des droits à dividendes et de 25% des droits de vote attachés aux titres émis par la société en contrepartie de son capital social. Il s'agit donc du droit de vote attaché aux actions ordinaires, aux actions à droit de vote multiple ou privilégiées et aux certificats de droit de vote. Sont concernés également les droits à dividendes des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote et des certificats d'investissement. Les parts ou actions ordinaires détenues en usufruit sont retenues pour apprécier les droits de vote et les droits financiers.

Pour l'application du seuil de 25%, il est d'abord tenu compte des titres qui appartiennent au redevable mais aussi de ceux détenus par le groupe familial. Il est également tenu compte des titres détenus par ces mêmes personnes par l'intermédiaire d'une autre société possédant une participation dans la société où s'exercent les fonctions de direction dans la limite d'un seul niveau d'interposition, ce qui exclut donc les participations détenues indirectement dans des sous-filiales.

Les membres du groupe familial sont le redevable lui-même, son conjoint ou son partenaire dans le cadre d'un PACS ou son concubin notoire, ses ascendants, descendants, frères et sœurs ainsi que ceux de son conjoint ou de son concubin ou de son partenaire lié par un PACS. Le contribuable pourra intégrer dans son calcul les parts ou actions détenues en propre ou en communauté dans sa totalité par ses ascendants, ses descendants et ses frères et sœurs ou son conjoint, mais pas les titres appartenant en propre aux conjoints de ses descendants, frères et sœurs ou de son conjoint.

Lorsque, à l'intérieur du groupe familial, plusieurs dirigeants sont concernés par l'exonération au titre des biens professionnels et répondent aux conditions de la fonction exercée, pour l'appréciation du seuil de 25%, chacun d'eux peut tenir compte simultanément des participations détenues par les membres de son groupe familial. La participation que l'ensemble de ces personnes détient par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés possédant une participation dans la société où s'exercent les fonctions, dans la limite d'un seul niveau d'interposition, est prise en compte.

Par hypothèse, dans le cas d'une transmission d'entreprise familiale, le contrôle de la société restera au sein de la famille. On pourrait alors aussi avoir le sentiment que la règle des 25% ne posera pas de problème pour être remplie. En réalité, comme on vient de le voir, la notion de groupe familial pour l'ISF est une notion stricte. Si la transmission se fait des parents aux enfants il n'y aura en effet pas de problème. En revanche si elle se fait de l'oncle aux neveux des problèmes peuvent surgir. Il convient donc d'être vigilant.

4 - La dispense du seuil de détention de 25% en fonction du patrimoine taxable à l'ISF du foyer fiscal

Conformément à l'article 885 O bis 2° 3^{ème} alinéa du CGI, aucun seuil minimum de détention du capital n'est requis lorsque la valeur de la participation du dirigeant excède 50% de la valeur brute de ses biens imposables à l'ISF, y compris ses parts ou actions. Cette règle ne concerne que les gérants minoritaires statutaires de SARL soumises à l'impôt sur les sociétés et les dirigeants de sociétés anonymes ou de SAS. Aucune dette n'est prise en compte pour cette comparaison.

Pour l'appréciation des 50%, il est tenu compte des parts appartenant aux redevables, aux membres du foyer fiscal, c'est-à-dire son conjoint, son concubin ou son partenaire dans le cadre d'un PACS, ses enfants mineurs ou ceux de son conjoint, de son partenaire dans le cadre d'un PACS ou de son concubin. On retient également les parts de ces personnes détenues via des sociétés intercalées mais dans la limite d'un seul niveau d'interposition. Les titres détenus par les autres membres du groupe familial ne sont pas pris en compte (frères, sœurs, ascendants...).

Pour l'application de cette règle, lorsque le redevable possède des participations dans plusieurs sociétés, il convient de faire masse de la valeur des participations dans les sociétés ayant des activités similaires ou connexes et complémentaires détenues directement ou par l'intermédiaire d'une société interposée, si le contribuable exerce des fonctions de direction dans chaque société.

Bien évidemment, les dirigeants dispensés d'atteindre le seuil de 25% doivent remplir les autres conditions de l'exonération, à savoir exercer effectivement leur fonction et percevoir à ce titre une rémunération normale représentant plus de la moitié de ses revenus professionnels.

5 - Transposition des mêmes règles aux sociétés formant un groupe

La société transmise peut elle-même avoir des filiales et ainsi constituer un groupe. Par ailleurs, les successeurs, pour reprendre la société cible, peuvent avoir effectué une opération de LBO et constitué en conséquence une société holding. Dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés, les règles qui viennent

d'être exposées s'appliquent dans les conditions suivantes.

a - Une exonération partielle des titres de société interposée appartenant au foyer fiscal

Les titres détenus directement par le dirigeant et les membres de son foyer fiscal dans une société interposée qui possède une participation dans la société où le redevable exerce des fonctions de direction et dans laquelle il détient indirectement avec les membres de son groupe familial plus de 25% du capital, ne sont exonérés que pour une fraction de leur valeur. Peu importe d'ailleurs la forme juridique de la société interposée, l'importance des droits détenus dans son capital et son objet social.

Cette fraction est égale à la valeur réelle de l'actif brut de la société interposée qui correspond à la participation qu'elle détient dans la société où le dirigeant exerce ses fonctions. La formule est alors la suivante: valeur des titres de la société interposée multipliée par la valeur de la participation dans la société où le dirigeant exerce ses fonctions divisée par l'actif brut de la société interposée.

Dans le cas où la transmission s'effectue par l'intermédiaire d'un LBO, cette exonération trouvera aussi souvent à s'appliquer puisque il n'y aura qu'un seul niveau d'interposition.

Lorsque le seuil de 25% n'est pas atteint, la règle selon laquelle les titres sont exonérés d'ISF si la valeur des participations excède 50% du patrimoine taxable à l'ISF est appliquée pour les participations détenues indirectement par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés dont les parts appartiennent au redevable lui-même ou aux membres de son foyer fiscal, mais toujours dans la limite d'un seul niveau d'interposition et à la condition que le redevable exerce l'une des fonctions vues supra.

b - L'exonération des titres de certaines holdings

Conformément aux dispositions de l'article 885 O quater, les parts ou actions de sociétés ayant pour activité la seule gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier ne sont pas considérées comme des biens professionnels. Ainsi, les holdings qui ne font qu'exercer les prérogatives usuelles d'un actionnaire ne constituent pas des biens professionnels mais leurs titres peuvent être exonérés partiellement, si la société détient directement une participation dans une autre société dont l'activité est industrielle ou commerciale, où le redevable exerce des fonctions de direction (application de l'exonération partielle ou totale des sociétés interposées).

Toutefois, les titres de sociétés animatrices effectives de leur groupe qualifiées de « holdings animatrices » peuvent être exonérées, si le redevable ou l'un des membres du foyer fiscal y exerce l'une des fonctions de direction que nous avons précédemment vues et s'il détient au moins 25% du capital ou, à défaut, si la participation représente plus de 50% de son patrimoine taxable.

L'administration admet que, lorsque les fonctions exercées par le redevable ou un membre de son foyer fiscal dans la société holding ne sont pas rémunérées ou le sont faiblement, l'exonération est maintenue à la double condition que :

- l'intéressé exerce simultanément des fonctions de direction

dans une ou plusieurs filiales dont la société mère détient 50% si cette société poursuit une activité industrielle ou commerciale ou 25% si elle limite son activité à l'animation de son groupe ;

- et que le montant cumulé des rémunérations que le contribuable perçoit dans ces sociétés et dans la holding représente plus de 50% de ses revenus professionnels.

On retrouve donc pour les holdings animatrices les mêmes conditions d'exonération tenant à la fonction de direction exercée et rémunérée au sein du foyer fiscal et le seuil de participation qui peut tenir compte des participations du groupe familial tout entier.

En pratique, les participations dans plusieurs sociétés formant un groupe dont l'activité est commerciale ou industrielle pourront être exonérées d'ISF, si ces participations sont détenues par une holding animatrice dont le redevable détient avec son groupe familial au moins 25% des titres (ou règle des 50% applicable) directement ou indirectement à hauteur d'un seul niveau de détention et si le redevable exerce dans la holding une des fonctions dans les conditions précédemment vues.

Mais, pour bénéficier de l'exonération des titres de la holding, encore faut-il qu'elle soit réellement l'animatrice du groupe, c'est-à-dire, selon l'administration, qu'elle participe activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales dont l'activité est industrielle ou commerciale, et rende le cas échéant et à titre purement interne au groupe des services spécifiques administratifs, juridiques et comptables. L'administration est particulièrement stricte sur le rôle d'animation de la holding et les moyens dont elle dispose pour accomplir son rôle d'animation, ainsi que sur les fonctions de direction exercées dans la Holding par les membres du groupe familial.

6 - Le cas particulier du fondateur qui prend sa retraite et qui n'exerce plus aucune fonction de direction au sein de son entreprise ou de son groupe

Lorsque le détenteur des droits sociaux considérés comme des biens professionnels quitte définitivement ses fonctions pour prendre sa retraite, il perd en principe le bénéfice de l'exonération sur les titres qu'il conserve puisqu'il n'exerce plus aucune fonction. Toutefois lorsque cette cessation s'accompagne d'un démembrement de propriété des titres avec donation de la nue propriété des titres à un membre de sa famille, l'exonération à titre de biens professionnels est maintenue sur la seule nue propriété des actions et non, comme c'est la règle en principe en matière d'ISF, sur la valeur totale des titres résultant de la détention de l'usufruit.

La taxation à l'ISF de la seule valeur de l'usufruit des titres (appréciée à l'aide du barème prévu à l'article 669 du CGI), n'est possible que si les conditions suivantes sont réunies :

- La pleine propriété des titres qui devaient respecter les conditions pour être qualifiés de biens professionnels au sens de l'ISF doit avoir été détenue depuis au moins trois ans par le redevable ou son conjoint avant le démembrement de la propriété.

- Le nu-propriétaire doit avoir des liens de parenté avec le redevable usufruitier ou son conjoint. En pratique, il s'agira des ascendants, descendants, frères et sœurs et le nu propriétaire

doit exercer à titre principal et effectif les fonctions de directions vues au I-A-1.

- Le redevable usufruitier doit détenir directement ou par l'intermédiaire de son groupe familial 25% du capital de la société (en usufruit ou en pleine propriété) ou détenir des participations qui représentent plus de 50% de la valeur brute de son patrimoine imposable à l'ISF, y compris les parts ou actions.

Lorsque ces conditions sont remplies, la valeur de la nue propriété des titres sera exonérée d'ISF. Une telle exonération suppose toutefois une certaine anticipation puisque le démembrement doit impérativement intervenir avant la cessation de l'activité.

Par conséquent, il est possible pour un chef d'entreprise de transmettre une partie de ses titres à des proches par donation ou cession, tout en continuant à être exonéré d'ISF sur les titres qu'il conserve si les conditions tenant à la fonction exercée, sa rémunération et le seuil de détention sont remplies. Il en va de même du successeur qui devra également remplir les mêmes conditions pour être exonéré des droits sociaux reçus au titre des biens professionnels.

A défaut, il ne leur restera plus qu'à réduire la base taxable des titres à l'ISF en prenant l'engagement de les conserver pendant 6 ans.

II - Réduction de la valeur des titres qui, en l'absence d'exonération comme biens professionnels, sont soumis à l'ISF

Le fondateur qui ne pourra plus exercer au sein du groupe une fonction de direction ou les membres de la famille qui n'auront pas de fonction de direction pourra trouver un intérêt majeur à s'engager ainsi pour réduire leur base taxable à l'ISF.

A - Le dispositif

Aux termes de l'article 885-I-bis du CGI, sont exonérés d'ISF, à concurrence de 50% de leur valeur (*en l'état actuel de la législation*), les parts ou actions de sociétés faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation d'une durée minimale de 6 ans. Cet engagement permet notamment en cas de fin de l'exonération au titre de l'outil de travail, de diminuer la base constituée des titres, le cas échéant, conservés.

B - Quels titres sont concernés ?

L'exonération partielle est applicable aux parts ou actions de sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale sous réserve qu'elles aient fait l'objet d'un engagement collectif de conservation, sans qu'il soit tenu compte du régime d'imposition de ces sociétés. Les titres d'une société ayant une activité civile prépondérante ne peuvent pas bénéficier du régime de faveur.

Cette exonération partielle s'applique aussi aux titres d'une société qui possède directement des parts ou actions objet de l'engagement auquel elle a souscrit (un seul niveau d'interposition) et aussi aux titres d'une société qui possède une participation dans une société qui a souscrit un engagement de conservation (double niveau d'interposition).

Les titres des sociétés holding animatrices effectives de leur groupe ouvrent droit dans les mêmes conditions au bénéfice de l'exonération partielle.

C - Un engagement pour 6 ans

L'engagement de conserver les titres qui est différent de celui pris en matière de droit de donation et de succession prévu à l'article 787 B du CGI qui porte, lui, sur une exonération de 75% des bases soumises aux droits de mutation à titre gratuit, doit être pris par le redevable, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, avec d'autres associés qui peuvent être des personnes physiques ou morales.

Dans l'hypothèse d'un démembrement de propriété des titres, l'engagement de conservation doit être souscrit conjointement par l'usufruitier et par le nu-propriétaire des titres. En cas d'interposition de sociétés, l'engagement est pris par la société qui détient directement les titres de la société qui font l'objet de l'engagement. Le bénéfice de l'exonération est subordonné à la condition que les participations soient maintenues inchangées à chaque niveau d'interposition pendant la durée de l'engagement.

L'engagement est donc « figé », les signataires ne peuvent pas soumettre à cet engagement de nouvelles parts ou actions à l'exception de celles reçues au prorata de leur droit dans le cadre d'une augmentation de capital résultant de l'incorporation de réserves.

L'engagement doit porter sur au moins :

- 20% des titres lorsqu'il s'agit de sociétés cotées, le seuil de 20% concernant les droits de vote et les droits financiers soumis à l'engagement collectif de conservation,

- 34% des parts ou actions lorsqu'il ne s'agit pas de sociétés cotées,

et ces pourcentages doivent être respectés pendant toute la durée de l'engagement. S'il porte sur des titres cotés, l'engagement doit être notifié à l'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

L'un des signataires de l'engagement doit exercer l'une des fonctions de direction énumérée pour l'exonération des biens professionnels à l'ISF s'il porte sur une société soumise à l'IS ou son activité professionnelle principale, si les titres portent sur une société de personne soumise à l'Impôt sur le revenu.

De plus, la présence d'un dirigeant signataire de l'engagement, qui peut ne pas être toujours le même, est requise pendant toute la durée de l'engagement. Toutefois, à la différence de ce qui est requis pour l'exonération des biens professionnels, l'article 885 I bis du CGI n'impose pas de condition tenant à la rémunération perçue par l'associé signataire dirigeant et la fonction de direction peut être exercée par une personne morale.

L'engagement est pris pour une durée minimale de 6 ans (prorogation possible) commençant à courir à la date de l'enregistrement de l'acte sous seing privé ou de l'acte s'il s'agit d'un acte authentique. L'exonération prend effet à compter du 1^{er} janvier de l'année suivante et doit accompagner la déclaration

ISF de la première année d'application du dispositif.

L'engagement collectif de conservation se poursuit dans l'hypothèse de cessions de titres soumis à l'engagement qui interviennent entre les associés signataires de cet engagement et leurs ayants cause à titre gratuit. Il en va de même en cas de donation de titres à des personnes non signataires de l'engagement. En cas de décès d'un associé signataire ou de donation ou de transmission des titres aux bénéficiaires non signataires, l'engagement se poursuit.

La déclaration d'ISF devra être accompagnée la première année de la copie de l'acte constatant l'engagement, l'identité de l'associé dirigeant et l'attestation de la société dont les titres font l'objet de l'engagement certifiant que les conditions sont remplies. Les années suivantes devront être précisées, le cas échéant, les titres transmis, la copie des avenants à l'engagement collectif et toutes informations concernant le changement de dirigeant ou les sociétés interposées.

D - Une exonération qui peut être remise en cause

Si l'engagement de conservation des titres n'est pas respecté, s'il n'y a pas en permanence un dirigeant ou encore si il y a modification des participations détenues au travers de sociétés interposées, l'exonération partielle des droits d'ISF est remise en cause à l'égard de tous les signataires de l'engagement avec paiement des droits et des intérêts de retard.

Toutefois, au delà de 6 ans, seule l'exonération de l'année en cours est remise en cause.

En cas de cession des titres par une personne qui s'est engagée à conserver les titres, les signataires autres que le cédant échappent à la remise en cause si les seuils de 20% et 34% sont maintenus ou si un nouvel engagement collectif est pris dans le délai de 1 an.

L'exonération partielle n'est pas non plus remise en cause si le seuil minimal de participation n'est pas respecté à la suite d'une fusion, scission ou augmentation de capital, sous réserve que les associés respectent l'engagement jusqu'à son terme. Il en est de même en cas d'annulation de titres à la suite de pertes ou de liquidation judiciaire, sans aucune condition particulière, sauf à fournir une attestation justifiant que les signataires de l'engagement ont conservé pendant l'année précédant celle du fait générateur de l'impôt les titres reçus ou détenus à l'issue de l'opération.

En conclusion, le chef d'entreprise qui souhaite transférer son affaire à ses proches par vente ou donation ainsi que, le cas échéant, son successeur, peuvent être exonérés d'ISF sur les titres qu'ils détiennent après la transmission, à la condition de respecter à la lettre les conditions prévues à l'article 885 O bis du CGI. Encore faut-il que ces titres soient répartis comme il convient au sein du groupe familial et que leurs détenteurs puissent continuer à exercer une fonction au sein de l'entreprise ou du groupe. A défaut d'y arriver, le chef d'entreprise ou son successeur n'auront, en l'état actuel de la législation, pour seule issue, que de prendre l'engagement de conserver leurs titres pendant 6 ans pour réduire leur ISF.

Bruno Dervieu,
Avocat,
Pichard & Associés



Par Christophe Pichard,
Avocat

PACTE D'ACTIONNAIRES : UN OUTIL PRÉCIEUX POUR LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE (1^{ÈRE} PARTIE)

Le pacte d'actionnaires est un outil juridique qui, dans bien des cas de transmission d'entreprise familiale, permettra de résoudre un certain nombre de difficultés, ou tout au moins de les aplanir.

En effet, lors de cette transmission, la composition du capital social et la gestion de la société se trouveront automatiquement affectées : à côté des actionnaires fondateurs, vont alors coexister différentes catégories d'actionnaires dont les intérêts seront, la plupart du temps, différents et souvent difficiles à concilier.

Comme cela a été présenté dans l'article de Bruno Pichard : « *La structure juridique : des choix très ouverts* », on peut schématiquement rencontrer trois principales catégories d'actionnaires :

- **Les actionnaires dirigeants fondateurs qui viennent de transmettre le pouvoir et le capital de l'entreprise tout en conservant une participation.** Ils ont en principe cessé leur activité même s'ils restent impliqués dans le fonctionnement de la société.

Ils auront certainement à cœur de voir l'entreprise, qu'ils ont construite et développée, maintenir son statut et, mieux, poursuivre son expansion en conservant son caractère familial. Par ailleurs, ils souhaiteront probablement bénéficier des fruits de leur travail en percevant des dividendes significatifs tout en préservant la capacité d'auto-financement.

- **Les actionnaires qui auront une part active dans la gestion de l'entreprise** et qui la dirigeront dans la majeure partie des cas. Ceux-ci seront principalement animés par les aspects opérationnels, à savoir :

- pouvoir gérer de façon relativement simple la société même s'ils doivent tenir compte d'une pluralité d'actionnaires aux intérêts divergents,
- préserver la trésorerie de la société et ses capacités d'auto-financement.

- **Les actionnaires passifs.** Ces actionnaires détiennent une participation dans la société mais ne participent pas à sa gestion. Ils seront beaucoup plus intéressés par les aspects financiers, à savoir les distributions de dividendes et la valorisation de la société. Ils souhaiteront également disposer de moyens pour contrôler la gestion de la société et être impliqués dans certaines décisions stratégiques, voire de disposer de droit de veto.

Une des premières réponses pour concilier ces intérêts divergents réside dans le choix de la structure juridique appropriée. Néanmoins dans un certain nombre de cas, le choix de cette structure ne sera pas suffisant.

Dans un tel contexte, les fondateurs et autres actionnaires de la société devront s'interroger sur l'opportunité de conclure un pacte d'actionnaires.

Cette étude a donc pour objet, dans un premier temps, de faire une présentation générale des pactes d'actionnaires et de présenter plus particulièrement leur intérêt dans le cadre de la transmission d'une entreprise familiale. Dans un deuxième temps, nous étudierons plus en détail les clauses les plus classiques qui permettent de résoudre les problèmes pouvant résulter de la coexistence de différentes catégories d'actionnaires à prédominance familiale (voir *Journal des Sociétés* n°26).

I - Présentation générale

Un pacte d'actionnaires est un contrat conclu entre certains actionnaires d'une même société, en dehors des statuts. Le contenu d'un pacte d'actionnaires peut être extrêmement variable : il peut en effet répondre à une multitude de situations et de souhaits exprimés par certains actionnaires. Un pacte peut d'ailleurs ne concerner qu'une partie d'entre eux. Avant tout, le pacte d'actionnaires doit permettre de régir de façon harmonieuse les relations entre les différents actionnaires d'une même société.

Dans cette présentation générale, nous nous attacherons à approfondir l'objet et le contenu d'un pacte et son intérêt dans le cadre de la transmission de l'entreprise familiale. Nous analyserons ensuite certains aspects juridiques fondamentaux concernant la validité des pactes d'actionnaires, leur portée et leur durée. Enfin, un acte juridique n'ayant réellement de valeur que si sa violation peut être sanctionnée efficacement, nous nous attarderons également sur cet aspect.

A - Contenu et objet du pacte

Dans le cadre de la transmission d'une entreprise familiale, le pacte d'actionnaires aura généralement pour objet de fixer des règles entre certains actionnaires dans les domaines suivants.

1 - Clauses opérationnelles

Les dispositions à caractère opérationnel portent sur le mode de fonctionnement et de gestion de la société : la diversité des clauses en la matière permettra de répondre aux différentes situations qui pourront se présenter. Ces clauses pourront prendre diverses formes telles que :

- Disposition relative à l'organisation et au fonctionnement de la société ;
- Disposition concernant les pouvoirs des dirigeants ;
- Disposition relative à la désignation des dirigeants ;
- Disposition relative à l'information et/ou la consultation des actionnaires, et en particulier des actionnaires non impliqués dans la gestion.