

Transmission d'entreprise familiale

La structure sociétale

Bruno Pichard (82 et Christophe Pichard (85),
avocats, Pichard & Associés*

UN TRÈS grand nombre d'entreprises sont appelées à changer de mains dans les prochaines années compte tenu de l'âge de leurs dirigeants actuels. Moment clé de la vie d'une entreprise, la transmission est une opération souvent très délicate à mettre en œuvre. Le législateur ne s'y est d'ailleurs pas trompé et, depuis plusieurs années, différentes lois ont été votées dans le but de faciliter cette transmission d'entreprise et de préserver en conséquence un tissu économique performant et l'emploi correspondant. À ce titre notamment, deux lois ont été adoptées au cours des années 2005-2006 :

- la loi du 23 juin 2006 n° 2006-728 portant réforme des successions et des libéralités,
- la loi du 2 août 2005 n° 2005-882 en faveur des petites et moyennes entreprises.

De nombreuses dispositions ont ainsi été mises en place afin de favoriser les transmissions d'entreprises et plus particulièrement les sociétés à caractère familial. En effet, le législateur a bien compris que la pérennité de ce type d'entreprise passait le plus souvent par sa transmission au sein de la famille des dirigeants et

nécessitait la mise en place d'un cadre relativement favorable. Même si le législateur a insisté sur l'aspect fiscal, cet aspect n'est qu'une des facettes de l'opération et des mesures ont également été prises sur le plan juridique.

Les caractéristiques du nouvel actionnariat

Au moment de la transmission d'une entreprise familiale, la structure de l'actionnariat va se trouver profondément modifiée. En effet, de nouvelles catégories d'actionnaires aux intérêts divergents vont être amenées à coexister. Schématiquement, on pourra retrouver trois principales catégories d'actionnaires.

- **Les fondateurs** : ces actionnaires ont construit et développé l'entreprise, ou tout au moins ont largement contribué à son développement et ils auront à cœur de voir cette entreprise, qu'ils considèrent comme leur bien personnel, poursuivre son développement dans de bonnes conditions.

Dans le cadre de cette étude, on considérera que les fondateurs n'ont plus vocation à exercer une activité opérationnelle au sein de la société. Toutefois, ils souhaiteront bien souvent conserver un droit de regard plus

ou moins étendu sur sa gestion, voire être associés à certaines décisions, sans avoir la responsabilité de son fonctionnement quotidien. Ils souhaiteront donc d'une part bénéficier du fruit de leur travail notamment pour jouir de leur retraite (sans doute confortable et méritée) et d'autre part voir la société prospérer.

- **Les actionnaires actifs** : ces actionnaires seront en fait les nouveaux dirigeants de la société et participeront activement à sa gestion. Au-delà des titres qu'ils détiendront, ils seront dans la plupart des cas avant tout animés par le souci de pouvoir gérer la société dans les meilleures conditions.

Ils privilégieront l'aspect opérationnel de la société et souhaiteront avoir le plus de marge de manœuvre possible en limitant les droits des autres actionnaires. D'un point de vue financier, même s'ils seront certainement intéressés par la distribution de dividendes réguliers, au titre de leurs revenus, ils voudront préserver la trésorerie de la société et ses capacités d'autofinancement.

- **Les actionnaires passifs** : ces derniers détiendront une participation dans la société qu'ils auront reçue des actionnaires fondateurs lors de

la transmission de l'entreprise mais ils ne participeront pas à la gestion de celle-ci.

Tout autre sera donc l'intérêt de ces actionnaires passifs qui se conduiront certainement beaucoup plus comme de simples investisseurs financiers : ils privilégieront les distributions de dividendes ou la valorisation de la société dans le but d'une plus-value. Dans cette optique, ils auront besoin de bénéficier d'un certain droit de regard, d'information et de contrôle, sachant qu'ils ne souhaiteront pas être impliqués dans sa gestion.

Pour concilier les intérêts de tous, différents outils juridiques sont à la disposition des actionnaires :

- **la structure sociétale** : le choix d'une forme de société appropriée permettra de résoudre un certain nombre de difficultés en tenant compte des intérêts de chacun. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'une transmission d'entreprise s'accompagne la plupart du temps d'un changement de forme et de structure de la société cible ;

- **le pacte d'actionnaire** : au-delà de cette structure juridique, les actionnaires pourront envisager de conclure entre eux un pacte d'actionnaires destinés à régir leurs relations de façon harmonieuse au sein de la société ;

- **les actions de préférence** : un dernier mécanisme lié à la structure sociétale pourrait être utilisé, à savoir les actions de préférence instituées par l'ordonnance 2004-604 du 24 juin 2004. Ces actions ont été créées par le législateur en réponse à une attente plus spécifique des investisseurs en capital mais ont une vocation très générale.

Dans le cadre de cet article, nous analyserons les aspects juridiques liés à la structure sociétale dans le cadre de la transmission de l'entreprise familiale.

À cet égard, les principales structures juridiques retenues dans ce type d'opérations sont les sociétés anonymes (SA) et les sociétés par actions simplifiées (SAS). Nous nous limiterons donc ici aux aspects qui paraissent les plus déterminants dans le choix d'une structure appropriée.

La société anonyme de type classique

Une forme bien connue

Il s'agit là de la société anonyme la plus connue à savoir la SA à conseil d'administration, à opposer à la SA à directoire et conseil de surveillance étudiée ci-après. Un des premiers avantages de ce type de structure est sa connaissance relativement répandue. De ce fait, même les actionnaires peu familiers du droit auront néanmoins certaines connaissances sur le mode de fonctionnement d'une telle société, ce qui pourra faciliter les relations : en particulier, les actionnaires passifs seront moins suspicieux sur le mode d'organisation qui aura pu être retenu pour transmettre le pouvoir au sein de la société. Ils se sentiront également rassurés par le fait qu'ils auront une idée relativement claire des droits dont ils peuvent bénéficier.

Une structure codifiée

Cette structure présente également l'avantage d'être extrêmement codifiée, ce qui laisse moins de marge à des interprétations divergentes possibles. En revanche, et c'est là un de ses inconvénients majeurs, elle laisse peu de place à l'adaptation des statuts en vue de répondre à des besoins spécifiques. En d'autres termes, si ce type de structure ne répond pas exactement aux besoins exprimés, il ne sera pas possible, en principe, de déroger aux règles légales pour les aménager sauf recours à un pacte extra-statutaire ou aux actions de préférence.

Un conseil d'administration de taille variable

Le conseil d'administration peut être composé de 3 à 18 membres, ce nombre pouvant être augmenté dans certains cas. Cette structure permettra d'associer différents membres de la famille en leur conférant des fonctions officielles et le titre d'administrateur avec les responsabilités qui y

sont associées. Sur le plan humain, cet aspect n'est pas négligeable et permet bien souvent d'aplanir certaines tensions familiales.

Dissociation des fonctions de président et de directeur général

Depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, il est possible de dissocier les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général. Auparavant, le président du conseil d'administration assumait obligatoirement la direction générale de la société.

Dès lors, l'associé fondateur qui souhaitait prendre du recul par rapport à la direction de la société n'avait d'autre choix dans ce type de structure que de se retirer complètement de la direction et d'être simple administrateur ou actionnaire. Aujourd'hui ce fondateur peut devenir président du conseil d'administration sans assumer la direction générale de la société. Même si les pouvoirs du président du conseil d'administration sont relativement limités par rapport au directeur général, ce titre marque clairement la place que le fondateur conserve au sein de la société. En particulier, le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux du Conseil d'administration et veille au bon fonctionnement des organes de la société.

L'organisation de la direction

Directeur Général

La direction opérationnelle de la SA est assurée par le directeur général qui représente la société dans ses rapports avec les tiers : il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société dans les limites de l'objet social et des pouvoirs réservés aux assemblées d'actionnaires ou au conseil d'administration. Notons ici que les pouvoirs du directeur général peuvent être limités par les statuts ou par la décision du conseil d'administration le nommant, mais de telles limitations sont inopposables aux tiers.

Le directeur général dans ce type de société bénéficiera donc bien souvent de pouvoirs très étendus.

Une question récurrente des actionnaires porte sur les conditions de révocation :

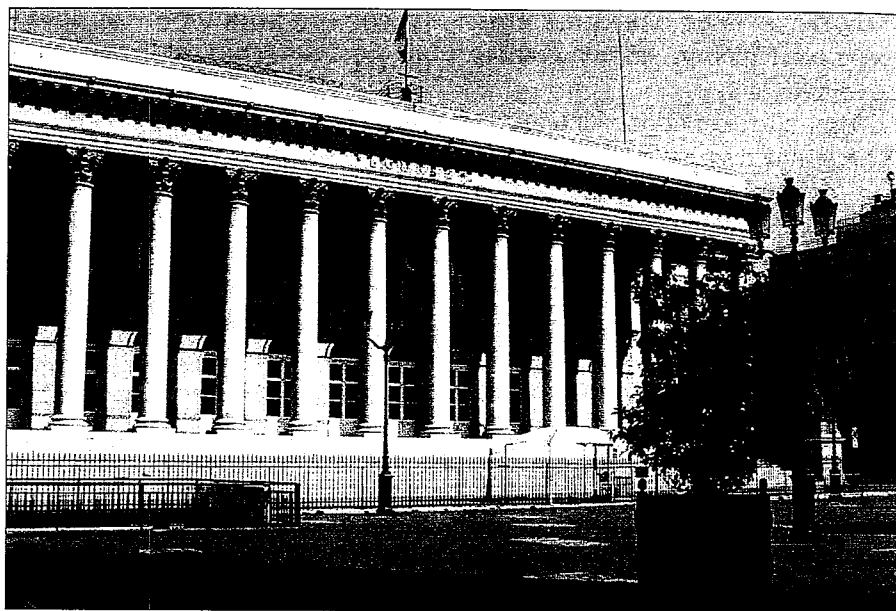
- le directeur général peut être révoqué à tout moment par le conseil d'administration. Toutefois si cette révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts. De plus, il ne faut pas que cette révocation intervienne dans des conditions brutales ou vexatoires ce qui pourrait donner lieu à indemnisation : plus particulièrement, l'intéressé doit toujours être mis en position de faire-valoir ses observations, préalablement à toute décision du conseil d'administration sur une telle révocation ;
- toutefois, cette règle ne s'applique pas dans le cas où le directeur général cumule ses fonctions avec celles de président. Dans un tel cas, le président du conseil d'administration, également directeur général, peut être révoqué à tout moment, sans juste motif et sans indemnité, sauf si cette révocation se fait dans des conditions brutales ou vexatoires ou susceptibles de porter atteinte ou sans possibilité de se défendre, à l'honorabilité du président.

En termes de stabilité, la position de directeur général pourra donc s'avérer plus ou moins confortable notamment en fonction de la durée initialement fixée pour son mandat et en fonction d'un éventuel cumul de ses fonctions avec celles de président.

Directeur général délégué

Le directeur général peut être assisté par un ou plusieurs directeurs généraux délégués, nommés par le conseil d'administration sur proposition du directeur général. Ce pouvoir de proposition appartient au directeur général et à lui seul et ne saurait être exercé par le président ou un administrateur.

Après sa nomination, la révocation du directeur général délégué doit être décidée par le conseil d'administration sur la proposition du directeur général. On peut donc se retrou-



La Bourse de Paris.

ver dans une situation où le directeur général, après avoir proposé la nomination d'un directeur général délégué, souhaite le révoquer, sans obtenir l'accord du conseil d'administration auquel cas le directeur général délégué reste en place. À l'inverse, le conseil d'administration pourrait souhaiter révoquer le directeur général délégué mais le directeur général refusant de faire une telle proposition, le conseil d'administration ne pourrait alors pas prendre une telle décision.

Si la révocation du directeur général délégué est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts. De la même façon, il ne faut pas que cette révocation intervienne dans des conditions vexatoires.

La société anonyme à directoire et conseil de surveillance

Le mode d'organisation de cette structure moins connue s'articule autour de deux organes :

- le directoire,
- le conseil de surveillance.

Un organe de direction collégiale et égalitaire

Le directoire est composé de deux à cinq membres, actionnaires ou non. Ce nombre peut être porté à sept pour les sociétés cotées ou encore ramené

à 1 si le capital social est inférieur à 150 000 euros.

Le directoire constitue un organe de direction collégiale et ses décisions doivent être prises par l'ensemble des membres du directoire. Plus précisément, les actes individuels de chaque membre du directoire sont réputés avoir été accomplis collégialement et engageant donc le directoire dans son ensemble.

Cette organisation collégiale diffère de la SA à conseil d'administration dans laquelle peut n'être nommé qu'un seul directeur général.

Un tel organe aura l'avantage de faire participer à la gestion de la société plusieurs membres de la famille sur un pied d'égalité. En revanche dans la SA classique à conseil d'administration, le directeur général a un rôle prédominant puisque c'est sur sa proposition que sont nommés d'éventuels directeurs généraux délégués : en d'autres termes, même s'il n'a pas un pouvoir de nomination des directeurs généraux délégués, il a néanmoins un droit de veto sur leur désignation.

Le rôle accru du conseil de surveillance

Le conseil de surveillance doit être composé de 3 membres au moins et 18 au plus, ce nombre pouvant être augmenté dans certains cas particuliers. Ils sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Confor-

mément aux dispositions de l'article L.225-68 alinéa 1 du code de commerce, le conseil de surveillance exerce un contrôle permanent de la gestion du directoire. À ce titre, il peut à tout moment opérer les vérifications et contrôles qu'il juge opportuns et se faire communiquer les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Dans la SA de type classique, le conseil d'administration détermine les orientations de la société et veille à leur mise en œuvre. Il peut également se saisir de toutes questions intéressant la bonne marche de la société. En théorie, le conseil d'administration semble donc disposer de pouvoirs plus importants que le conseil de surveillance. Toutefois, en pratique, il n'y a pas d'obligation légale de réunir le conseil d'administration régulièrement contrairement au conseil de surveillance et il ne se réunit souvent que une ou deux fois par an. De plus, il a un rôle limité dans la gestion de l'entreprise puisque c'est bien le directeur général qui met en œuvre la gestion au quotidien dans le cadre de la représentation de la société à l'égard des tiers.

Même si le statut du conseil de surveillance dans la SA à directoire s'inspire largement du rôle du conseil d'administration, il dispose en pratique de pouvoirs de contrôle plus importants :

- le directoire doit présenter au conseil de surveillance un rapport sur la marche de la société au moins une fois par trimestre ;
- dans les trois mois à compter de la clôture de chaque exercice, le directoire doit communiquer les comptes annuels de la société au conseil de surveillance pour lui permettre d'exercer son contrôle ;
- le conseil de surveillance doit également avoir communication des documents prévisionnels et de gestion de la société.

Signalons pour finir une disposition légale susceptible d'intéresser les actionnaires d'une entreprise familiale. En effet, dans une SA à directoire et conseil de surveillance, les ventes d'immeubles par nature ainsi que les cessions totales ou partielles

de participation doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance (article L.225-68 alinéa 2 du code de commerce).

La société par actions simplifiée

Initialement, ce type de société ne pouvait avoir pour actionnaires que des sociétés ayant un capital d'au moins 1 500 000 francs. Depuis la loi du 12 juillet 1999, l'utilisation de la SAS est désormais ouverte à toutes personnes physiques ou morales. Le nombre de constitutions de SAS a alors explosé et la SAS rivalise avec la SA car elle présente de nombreux avantages.

Une structure simple et modulable

En termes d'organisation, cette société est particulièrement souple puisque, aux termes de l'article L.227-5 du code de commerce : « *Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée.* » L'article L.227-6 précise : « *La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société dans la limite de l'objet social.* »

Depuis la loi du 1^{er} août 2003, cet article a été complété ainsi qu'il suit : « *Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué peuvent exercer des pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article.* »

Ainsi, en adoptant la forme de SAS, les associés d'une entreprise familiale vont pouvoir créer des statuts sur mesure.

Les limites des statuts spécifiques

Toutefois, il faut bien être conscient des limites de cet avantage qui peuvent même se transformer en inconvénient dans certains cas. En effet, en premier lieu, dans la mesure où le

fonctionnement de la SAS va dépendre en grande partie des statuts, les risques d'interprétation divergente liés à la rédaction retenue seront beaucoup plus importants que pour une société anonyme. En effet, rappelons que dans une société anonyme, le fonctionnement est extrêmement réglementé, tant par les textes que par la nombreuse jurisprudence qui s'applique de la même façon à l'ensemble des SA. À l'inverse, chaque SAS est un cas particulier qui aura ses propres statuts et la jurisprudence applicable à certaines SAS ne sera sans doute pas transposable aux autres SAS compte tenu des rédactions statutaires spécifiques.

Par ailleurs, au-delà de cette éventuelle insécurité juridique, le fait que le fonctionnement dépende avant tout des statuts pourrait susciter des interrogations venant de certains associés passifs qui ne sont pas forcément familiers des questions juridiques : en d'autres termes, ils pourraient s'inquiéter du recours à une forme de société moins connue que la SA.

Une organisation personnalisée de la direction

Le seul impératif légal pour une SAS est la désignation d'un président pour représenter la société. Il appartient alors aux actionnaires de définir les autres organes qu'ils souhaitent mettre en place dans la SAS. Ainsi, les actionnaires pourront décider d'établir des organes se rapprochant par exemple de la SA, comme un conseil de surveillance ou un conseil d'administration, tout en leur attribuant des missions spécifiques. Ou au contraire de nouveaux comités pourront être mis en place comme des comités d'orientation ou de direction. Une des difficultés pour la mise en place de ces différents organes sera de définir clairement leurs pouvoirs, leurs prérogatives et leurs responsabilités.

Il faudra aussi éviter de rendre trop complexe la gestion de la société par la création de multiples organes.

Par ailleurs, il appartiendra aux statuts de définir le mode de fonctionnement de ces organes qui pourra être largement simplifié par rapport aux

règles applicables aux SA. Notamment les règles relatives aux convocations, réunions, quorum, majorité, pourront être adaptées en fonction des besoins et ces règles pourront d'ailleurs, selon les situations, être soit simplifiées, soit renforcées selon l'objet recherché.

Cette structure permettra donc d'impliquer les différents membres de la famille à la direction ou au contrôle de la gestion et de leur attribuer des droits et rôles spécifiques.

Une réglementation spécifique aux associés

Au-delà des règles qui pourront être mises en place pour la direction de la société, la SAS présente également l'avantage de « légaliser » certaines dispositions au niveau des associés. En effet, dans le cadre d'une société familiale, la structure de l'actionnariat est une question essentielle et l'ensemble des associés auront à cœur de préserver cette structure, ou tout au moins de contrôler son évolution.

Dans le cadre d'une SA, bien souvent ce type de disposition figure dans un pacte d'actionnaires. La réglementation applicable aux SAS autorise toute une série de dispositions particulières statutaires, ce qui permet d'éviter d'avoir recours à de tels pactes extrastatutaires, pour autant que de telles dispositions ne nécessitent pas une certaine confidentialité. Ainsi, il est possible d'intégrer dans les statuts des dispositions spécifiquement autorisées par la loi et notamment :

- des clauses d'inaliénabilité, à la seule condition qu'elles n'excèdent pas dix ans,
- des clauses d'exclusion d'associés dans certaines conditions.

Conclusion

La transmission d'une entreprise familiale par les dirigeants fondateurs aux membres de leur famille sera sans doute l'une des opérations les plus importantes tant sur le plan stratégique que sur le plan affectif. Ils auront donc particulièrement à cœur de réus-

sir cette transmission, pour assurer la pérennité de leur entreprise d'une part, et d'autre part pour faciliter l'attribution à leurs héritiers d'une partie de leur patrimoine dans les meilleures conditions.

Si la transmission d'une entreprise est déjà en elle-même une opération relativement complexe, elle prend une dimension particulière lorsque cette transmission se fait au sein du cercle familial. Ainsi, la transmission du pouvoir et la transmission du capital devront bien souvent être dissociées pour tenir compte des situations personnelles de chacun des membres de la famille, ce qui rendra cet exercice plus difficile.

Mais au-delà des aspects juridiques, financiers, fiscaux et sociaux qui nécessiteront d'être étudiés au cas par cas, les dirigeants devront également tenir compte du critère « affectif » et des rapports existants au sein de la famille. C'est bien souvent cette dernière dimension qui sera la plus délicate à gérer.

Notamment, si la transmission ne fait pas l'objet d'une pédagogie détaillée vis-à-vis de tous les membres de la famille, certains membres pourront exprimer des réticences face à des choix qui ne leur donnent pas une place suffisamment importante dans la nouvelle organisation, et ce même si financièrement ils sont traités de la même façon.

En définitive, une transmission réussie est une transmission bien préparée. Pour cela il faut du temps :

- d'une part pour répartir les pouvoirs entre les différents membres de la famille,
- d'autre part pour mettre en place les structures appropriées, éventuellement en plusieurs étapes.

Chaque transmission d'entreprise familiale est une opération spécifique répondant à des besoins et à des contraintes particulières : en d'autres termes, chacune d'elles nécessite une solution personnalisée s'inscrivant dans un cadre global et familial.

On ne peut donc que recommander aux dirigeants d'entreprise de s'y atteler suffisamment tôt pour relever ce défi. ■

* 122, avenue Charles de Gaulle, 92200 Neuilly-sur-Seine.

bruno.picard@picard.com

christophe.picard@picard.com