
LA PRATIQUE DES CONVENTIONS

SOMMAIRE

1. Définition
2. Les différents types de conventions
 - Convention interdites
 - Conventions libres
 - Conventions réglementées

1. DEFINITION D'UNE CONVENTION

Étymologiquement, convention vient du latin *conventio* (venir avec, convenir). En droit, la convention est un accord de volontés conclu entre des personnes (des individus, des groupes sociaux ou politiques, des États) et qui est destiné à produire des conséquences juridiques. Toutefois, les économistes et les sociologues prennent l'acception élargie de la convention qui s'oppose alors au contrat en ce qu'elle est implicite.

2. LES DIFFERENTS TYPES DE CONVENTIONS

2.1 LES CONVENTIONS INTERDITES

Article 450

«A peine de nullité de la convention, il est interdit aux administrateurs, aux directeurs généraux et aux directeurs généraux adjoints ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants et aux autres personnes interposées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.

Cette interdiction ne s'applique pas aux personnes morales membres du Conseil d'Administration.

Toutefois, leur représentant permanent, lorsqu'il agit à titre, est également soumis aux dispositions de l'alinéa premier du présent article

Lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales»

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Article 439

Il s'agit des conventions qui portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales.

Les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par une société, d'une manière habituelle, dans le cadre de ses activités.

Les conditions normales sont celles qui sont appliquées, pour des conventions semblables, non seulement par la société en cause, mais également par les autres du même secteur d'activité.

L'autorisation du Conseil n'est pas nécessaire pour ce conventions

Le point consiste donc à préciser ce qu'il faut entendre par opérations courantes d'abord, et opérations conclues à des conditions normales ensuite.

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations courantes

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

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

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

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations courantes

Mais le critère d'habitude n'est pas à lui seul déterminant, il convient de prendre également en considération les circonstances qui ont entouré la conclusion de la convention, de même que sa nature et son importance juridique ou ses conséquences économiques, voire sa durée (même si celle-ci est conforme à celle pratiquée pour des conventions identiques). Ainsi, une Cour d'appel avait jugé courante une promesse d'achat d'actions car la société promettante avait pour activité habituelle, en sa qualité de holding, la prise de participations ; l'arrêt a été cassé au motif qu'il convenait de s'intéresser avant tout aux circonstances dans lesquelles la promesse avait été consentie.

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations courantes

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

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

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

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations courantes

Ont été également considérées comme opérations courantes :

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

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations conclues à des conditions normales

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

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

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

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations conclues à des conditions normales

Sont donc normales les conditions :

- habituellement consenties par la société ;
- généralement pratiquées dans un même secteur d'activité ou pour un même type d'opération. Par conditions, il faut entendre les clauses de la convention telles que celles concernant l'objet, le prix, les délais de règlement et les garanties accordées.

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

- les prix et les délais de règlement convenus sont considérés comme normaux lorsqu'ils sont semblables à ceux habituellement consentis à un client ordinaire ou pratiqués par un fournisseur ordinaire pour des quantités comparables;

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations conclues à des conditions normales

- un prix qui serait éloigné des cours du marché ou de ceux appliqués par la concurrence ne saurait être considéré comme fixé dans des conditions normales. C'est ainsi que n'ont pas été reconnues comme conclues à des conditions normales des conventions d'engagement de livraison et d'approvisionnement réciproques à des prix fixés invariablement sur une période de plus de dix ans, avec la seule possibilité d'en demander la révision en cas d'augmentation de plus de 25 % du prix des mêmes produits vendus par la concurrence ;
- un prix de vente qui serait fixé à son coût de revient ne paraît pas revêtir un caractère normal, sauf si des conditions identiques sont applicables à l'égard des clients ordinaires de la société, par exemple lors d'une campagne promotionnelle. Encore faut-il, dans ce dernier cas, que la transaction, objet de la convention, porte sur des quantités comparables à celles habituellement traitées par la société avec les tiers;

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations conclues à des conditions normales

- la durée et les facultés de rupture doivent également être considérées, car ce qui semble économiquement équilibré à court terme peut ne plus l'être le temps passant ;
- la vente à un dirigeant, à un prix identique à celui pratiqué pour la clientèle, mais avec des délais de paiement plus longs, n'est pas une convention conclue à des conditions normales.

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

À titre indicatif, on citera quelques illustrations des principales applications faites en jurisprudence.

2.2 LES CONVENTIONS LIBRES

Opérations conclues à des conditions normales

Ont été considérés :

- comme opération courante conclue à des conditions normales, dans une société non cotée sur un marché réglementé, le versement d'un pécule à un directeur général lors de son départ en retraite du moment que tous les cadres de l'entreprise pouvaient bénéficier de ce pécule et qu'aucun avantage particulier n'avait été consenti à l'intéressé ;
- comme conventions réglementées :
 - une augmentation de salaire importante et exceptionnelle dont un PDG a bénéficié au titre d'un contrat de travail antérieurement conclu avec la société ;
 - la rétribution des services rendus par les administrateurs et directeurs généraux sous forme de pourcentage sur le chiffre d'affaires ;
 - une location de terrain nu sur lequel devait être édifiée une usine qui, à la fin du bail, devenait la propriété du bailleur administrateur et PDG de la société locataire ;
 - une promesse d'achat d'actions.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

ARTICLE 438

Doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration :

- Toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints ;
- Toute convention entre une société et un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix (10%) du capital de la société ;
- Toute convention à laquelle un administrateur, un directeur général, un directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital de la société est indirectement intéressé ou dans laquelle il traite avec la société par personne interposée ;
- Toute convention intervenant entre une société et une entreprise ou une personne morale, si l'un des administrateurs, le directeur général, le directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital de la société est propriétaire de l'entreprise ou associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, administrateur général, administrateur général adjoint, directeur général, directeur général adjoint ou autre dirigeant social de la personne morale contractante.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

La procédure d'autorisation et les rapports à émettre (Art. 440)

L'administrateur, le directeur général, le directeur général adjoint ou l'actionnaire intéressé est tenu d'informer le conseil d'administration dès qu'il a connaissance d'une convention soumise à autorisation, il indique, en particulier, sa situation et son intérêt personnel au regard de ladite convention, en précisant ses participations, son rôle et ses liens personnels avec les autres parties à la convention et la mesure dans laquelle il pourrait en tirer un avantage personnel. Il ne peut pas prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée lorsqu'il est administrateur et sa voix n'est pas prise en compte pour le calcul du quorum et de la majorité pour les besoins de cette délibération. A défaut l'autorisation est nulle.

Le président du Conseil d'administration ou le président-directeur général avise le commissaire aux comptes, dans le délai d'un (1) mois à compter de leur conclusion, de toute convention autorisée par le conseil d'administration et la soumet à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire statuant sur les comptes de l'exercice écoulé.

Le commissaire aux comptes présente, sur ces conventions, un rapport spécial à l'assemblée générale ordinaire qui statue sur ce rapport et approuve ou désapprouve les conventions autorisées.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

La procédure d'autorisation et les rapports à émettre (Art.440)

Le rapport indique :

- les conventions soumises à l'approbation de l'assemblée générale ;
- Le nom des administrateurs, directeurs généraux , directeurs généraux adjoints ou actionnaires intéressés,
- la nature et l'objet des conventions,
- leurs modalités essentielles notamment l'indication du prix ou des tarifs pratiqués, des ristournes ou des commissions consenties, des sûretés conférées et toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attache à la conclusion des conventions analysées.

La rapport fait aussi état de :

- L'importance des fournitures livrées et des prestations de service fournies ainsi que du montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice, en exécution des conventions visées au troisième alinéa du présent article.

L'intéressé ne peut prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Est nulle toute délibération prise en violation du présent alinéa.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

La procédure d'autorisation et les rapports à émettre (Art. 440)

Lorsque l'exécution de conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs a été poursuivie au cours du dernier exercice, le commissaire aux comptes est informé de cette situation dans le délai d'un (1) mois à compter de la clôture de l'exercice.

Les délibérations portant approbation des conventions visées à l'article 438 ci-dessus sont nulles lorsqu'elles sont prises à défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes. Elles peuvent aussi être annulées dans le cas où le rapport spécial du commissaire aux comptes ne contient pas les informations prévues au présent article.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

La désapprobation des conventions et ses conséquences (Art. 443 à 447)

Art.443

Les conventions approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale ordinaire produisent leurs effets à l'égard des cocontractants et des tiers sauf lorsqu'elles sont annulées pour fraude.

Toutefois et même en l'absence de fraude, les conséquences dommageables pour la société des conventions réglementées, notamment les pertes subies par la société et les bénéfices indus tirés de la convention, peuvent être mises à la charge de l'administrateur, du directeur général, du directeur général adjoint ou de l'actionnaire intéressé et, éventuellement, des autres membres du conseil d'administration.

Art. 444

Sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions visées à l'article 438 ci-dessus et conclues sans autorisations préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

La désapprobation des conventions et ses conséquences (Art. 443 à 447)

Art.445

L'action en nullité se prescrit par trois (3) ans à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est réputé fixé au jour où elle a été révélée.

Art. 446

L'action en nullité peut être exercée par les organes de la société ou par tout actionnaires agissant à titre individuel.

Art. 447

La nullité peut être couverte par un vote spécial de l'assemblée générale ordinaire intervenant sur rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie.

L'administrateur, le directeur général, le directeur général adjoint ou l'actionnaire intéressé ne prend pas part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour la calcul du quorum et de la majorité.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples

Convention de compte courant

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples

Convention de compte courant

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples

Actes juridiques collectifs

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples

Achat d'un bien appartenant à un actionnaire

Dans une société anonyme, l'achat d'un bien appartenant à un actionnaire qui serait simultanément administrateur ou qui disposerait de plus de 10 % des droits de vote, relève de la procédure spécifique prévue par l'AU OHADA relative au droit des sociétés commerciales et du GIE (acquisition d'un bien d'une valeur au moins égale à 10 % du capital, dans les deux ans suivant l'immatriculation de la société), qui exclut la procédure des articles 438 et suivants du même acte Uniforme.

En tout état de cause, la procédure de contrôle devient applicable au-delà du délai de deux ans.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples

Rémunérations et avantages accordés aux dirigeants

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

- Rémunérations et avantages non soumis à la procédure de contrôle :
 - contrat de travail conclu avec un administrateur avant son entrée en fonction ;
 - assurance chômage de type GSC (Garantie sociale des chefs et dirigeants d'entreprise) ;
 - jetons de présence dont le montant global est approuvé par l'assemblée générale et leur répartition décidée par le conseil d'administration ;

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples

Rémunérations et avantages accordés aux dirigeants

- rémunérations au titre de leur mandat social du président, du directeur général et des directeurs généraux délégués déterminées par le conseil d'administration ainsi que celles des membres du directoire déterminées par le conseil de surveillance; rémunération du président de la SAS au titre de son mandat social, dès lors qu'elle est fixée par une décision collective des associés ou qu'elle résulte de dispositions statutaires. *A contrario*, tout autre mode de fixation de la rémunération du président présente un caractère contractuel et doit être soumis à la réglementation prévue pour ce type de société ;
- rémunération du gérant d'une SARL fixée par l'assemblée des associés, le gérant pouvant, s'il est associé, prendre part au vote ;

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples

Rémunérations et avantages accordés aux dirigeants

- remboursement de frais de réception à domicile engagés par un administrateur ou un dirigeant dans l'intérêt de la société et autorisé par le conseil d'administration. En revanche, si le remboursement de ces frais n'a pas été autorisé par le conseil d'administration, ledit remboursement sera soumis à la réglementation.
- Rémunérations et avantages soumis à la procédure de contrôle :
 - renouvellement du contrat de travail à durée déterminée d'un administrateur ;
 - modification substantielle du contrat de travail d'un administrateur autre que celles s'appliquant à l'ensemble du personnel ;

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples

Rémunérations et avantages accordés aux dirigeants

- souscription d'un contrat d'assurance-vie au profit du président ou d'un administrateur sauf si elle s'inscrit dans un accord collectif couvrant l'ensemble d'une même catégorie de salariés ;
- rémunérations exceptionnelles allouées par le conseil pour des missions ou mandats confiés à des administrateurs dont le principe est expressément admis par l'article 432 de l'AU OHADA relative au droit des sociétés commerciales et du GIE.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Abandons de créances, subventions et prêts sans intérêts

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

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

- L'engagement de caution

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

Il convient de rappeler que dans les SA, en application de l'article 449, les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une procédure spécifique d'autorisation du conseil d'administration, sans pour autant constituer une convention réglementée.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

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

- La convention de rémunération de la caution

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Convention de trésorerie

Une convention de trésorerie peut être considérée comme une convention relevant des dispositions des conventions libres dans la mesure où elle constitue une opération courante au sein d'un groupe et qu'elle a été conclue à des conditions normales.

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Transactions commerciales habituelles

Les transactions commerciales habituelles s'entendent des opérations relevant de l'activité habituelle de l'entreprise concernée (achats, ventes, sous-traitance, prestations...). Les difficultés qui surgissent en cette matière tiennent plus aux conditions de la transaction qu'à la nature de la transaction elle-même.

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Transactions commerciales habituelles

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Transactions commerciales habituelles

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Frais communs du groupe

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Frais communs du groupe

Dans la première, la société Cerus avait fourni son assistance à la société Valeo à l'occasion de diverses opérations entre mère et fille. Sur l'action sociale *ut singuli* d'un actionnaire minoritaire mécontent de la rémunération forfaitaire versée à Cerus, le tribunal de commerce de Paris avait relevé qu'il n'y avait pas eu de convention formelle entre les deux sociétés, qui aurait précisé les obligations des parties ; que la rémunération de un pour mille du chiffre d'affaires consolidé du groupe qui avait été prévu en 1987 était toujours la même en 1994, alors que le chiffre d'affaires avait quasiment doublé entre les deux dates, ce qui avait conduit les juges consulaires à considérer que la rémunération n'était pas la contrepartie de prestations précises ; que « *ne s'agissant pas d'une redevance, cette rémunération s'assimile plutôt à un dividende garanti extraordinaire au profit ... de la société Cerus* ». Retenant que la procédure des conventions réglementées n'avait pas été respectée, en particulier du fait de l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration, le Tribunal avait condamné Cerus à restituer à Valeo la somme de vingt trois millions de francs

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Frais communs du groupe

Ce jugement devait cependant être infirmé par la cour d'appel de Paris et le pourvoi formé contre cet arrêt rejeté par la Cour de cassation. La cour d'appel a en effet estimé que les dispositions sur les conventions réglementées avaient été régulièrement appliquées à un contrat conclu oralement, dès lors que celui-ci n'était contesté par aucune des deux sociétés et qu'il avait été approuvé par le conseil d'administration de la filiale en toute connaissance de cause. Ainsi, dans cette espèce, la Cour de cassation a-t-elle validé la pratique selon laquelle le conseil d'administration peut autoriser en une fois la conclusion d'une convention à durée indéterminée dont l'objet est de rémunérer la fourniture d'une assistance ou d'une prestation de services, sans beaucoup d'autres précisions. A été ainsi admise une pratique libérale, quitte à ce qu'elle menace la qualité de l'information due aux actionnaires, aux administrateurs et aux commissaires aux comptes.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Frais communs du groupe

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Frais communs du groupe

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Frais communs du groupe

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Frais communs du groupe

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

Ainsi, la cour d'appel de Paris considère-t-elle que les facilités consenties par une société mère à sa filiale (location d'immeuble, mise à disposition de personnel, engagement des frais communs) constituent des opérations courantes dans un groupe et n'ont pas à être soumises à la procédure de contrôle dès lors qu'au cas d'espèce les charges ont été facturées à leur coût de revient. En ce qui concerne le prix de facturation, on peut admettre comme normale, soit la facturation au coût de revient, soit la facturation avec une marge bénéficiaire raisonnable destinée, notamment, à couvrir des frais indirects non affectés.

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Frais communs du groupe

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Personnel détaché

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

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

2.3 LES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES

Quelques exemples de conventions dans les groupes de sociétés

Transactions sur immobilisations

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

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

MERCI POUR VOTRE ATTENTION