

CHARTRE INTERNE DU GROUPE TF1
SUR LES CONVENTIONS REGLEMENTEES



DOMAINE D'APPLICATION

Février 2016

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I – LE CHAMP D’APPLICATION DE LA REGLEMENTATION

A – Le principe

1 - Entités visées par la réglementation

2 - La référence à la notion de convention

- 2.1 Une conception extensive de la notion de convention
- 2.2 Le cas particulier des conventions soumises à un contrôle spécifique

3 - Les conventions soumises aux procédures de contrôle

- 3.1 Les conventions entre la société et ses dirigeants ou associés
 - 3.1.1 Les personnes visées
 - 3.1.2 La notion d'intérêt indirect
 - 3.1.3 La notion de personne interposée
- 3.2 Les conventions entre une SA, une SCA et une autre entreprise
 - 3.2.1 Les conventions entre une SA et une entreprise ayant des dirigeants communs
 - 3.2.2 Les conventions entre une SCA et une entreprise ayant des dirigeants communs
 - 3.2.3 Les autres conventions entre une SA, une SCA et une entreprise
- 3.3 Les conventions entre une SARL / EURL et une autre société

B – L’exception

1 - Opérations courantes

2 - Opérations conclues à des conditions normales

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

4 - Les conventions intra groupe

- 4.1. Transactions commerciales relevant de l'activité habituelle de la société
- 4.2. Autres opérations spécifiques aux groupes de sociétés

CONCLUSION

INTRODUCTION

Les dispositions légales relatives aux conventions dites « réglementées » ont été principalement élaborées dans le but de régler d'éventuels conflits d'intérêts entre une société d'une part et ses dirigeants ou ses associés d'autre part ou encore entre sociétés ayant des dirigeants et/ou des associés communs (*associés communs pour la SARL : L 223-19*).

Le manque de jurisprudence et la relative imprécision des textes font qu'il existe une grande incertitude sur ces conventions, en particulier pour identifier les conventions qui sont soumises aux procédures de contrôle.

Par ailleurs, l'absence d'un droit des groupes en Droit des Sociétés rend complexe le traitement de cette question puisque la réglementation ne prend pas en compte l'existence de conventions spécifiques aux groupes de sociétés (assistance administrative, prêts et avances, pool de trésorerie, intégration fiscale ...).

La présente note s'inscrit dans le cadre de la recommandation AMF n° 2012-05 du 2 juillet 2012¹. Elle tient compte de l'étude de la CNCC « Les conventions réglementées et courantes » de février 2014 et intègre l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 ainsi que de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Elle a pour objet, d'une part, de tenter de mieux cerner le champ d'application de la réglementation en posant en particulier certains principes pour qualifier une convention et décider de la soumettre à la procédure (section I) et, d'autre part, de clarifier certains aspects de la Procédure de contrôle (section II).

I - LE CHAMP D'APPLICATION DE LA REGLEMENTATION

La principale difficulté consiste à déterminer, d'une part, les conventions soumises en principe à la réglementation et, d'autre part, celles qui, par exception, ne sont pas soumises à la procédure de contrôle (conventions interdites et/ou conventions libres car portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales).

A – LE PRINCIPE

1. Entités visées par la réglementation

Les conventions dites « réglementées » concernent principalement :

- les sociétés anonymes à Conseil d'Administration (art L 225-38 et s du Code de commerce),
- les sociétés anonymes à Directoire et Conseil de Surveillance (art L 225-86 et s du Code de commerce),
- les sociétés en commandites par actions (art. L 226-10 du Code de commerce),
- les sociétés par actions simplifiées (art. L 227-10 et s du Code de commerce),
- les SARL et EURL (art. L 223-19 et s du Code de commerce),
- les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique (art. L 612-5 du Code de commerce). Sont notamment visés par cette disposition les associations de la loi de 1901, les fondations, les GIE à objet civil, les comités d'entreprise, les sociétés civiles,... pour autant qu'ils aient une activité économique.

¹ Modifiée le 11 février 2015

Ne sont pas soumises à la réglementation :

- les sociétés en commandites simples,
- les sociétés en nom collectif,
- les GIE à objet commercial.

2. La référence à la notion de convention

2.1. Une conception extensive de la notion de convention

L'article concernant les sociétés anonymes (art L 225-38 du Code de commerce) est extrêmement général et vise « toute convention».

En dehors de celles qui, de par leurs caractéristiques, ne relèvent pas du contrôle (cf. section B) ou font l'objet d'une procédure spéciale, il n'y a donc pas lieu d'écarter telle ou telle convention sous quelque prétexte que ce soit :

- Les procédures de contrôle sont en principe applicables aux conventions intra groupe (sous réserve de l'exception visée au point B (i) pour les filiales à 100%) sans qu'il soit nécessairement, tenu compte des spécificités liées à l'existence du groupe.
En effet, fréquemment, les sociétés mères et filiales d'un groupe ont des dirigeants communs. A ce titre, les conventions passées entre les deux entités relèvent en principe de la procédure des conventions réglementées. Par ailleurs, même en l'absence de dirigeants communs, cette procédure est souvent suivie puisque le Code de commerce soumet également à la procédure de contrôle les conventions conclues par une société par actions avec l'un de ses associés ou actionnaires disposant d'une fraction de droit de vote supérieure à 10% ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant.
- Le fait qu'une convention soit uniquement conclue verbalement ne la fait pas échapper à la réglementation (ex. les conventions intragroupe, improprement qualifiées de « conventions de refacturations » qui ne font l'objet, bien souvent, d'aucun écrit.)
- Le fait qu'une convention constitue un acte collectif ne l'exonère pas de la procédure de contrôle (ex : une constitution de société).

La jurisprudence participe à cette conception extensive en estimant, par exemple, qu'il convient de soumettre à la procédure non seulement la conclusion des conventions mais également la modification et le renouvellement des conventions.

Il en résulte en particulier :

- que les contrats renouvelables par tacite reconduction doivent faire l'objet à l'issue de chaque période d'une nouvelle procédure de contrôle,
- que la résiliation d'un commun accord d'un contrat doit être soumise à la procédure de contrôle.

Néanmoins certaines opérations échappent à la procédure des conventions réglementées. Ainsi, lorsqu'une société mère d'un groupe de sociétés se porte garante auprès d'un tiers des engagements d'une de ses filiales, une telle garantie ne constitue pas entre la société mère et sa filiale une convention dite réglementée puisque ladite convention lie le créancier de la garantie et le garant et non pas le garant et le débiteur garanti (Cass Com 9 avril 1996).

Tel ne sera pas le cas, en revanche, si la société mère souhaite, dans une convention indépendante, prévoir les conditions d'octroi de sa garantie en la conditionnant par exemple à une « contre-garantie » de sa filiale ou en prévoyant une rémunération. En effet, dans cette hypothèse, l'accord interviendrait entre la filiale et la mère et serait donc soumis à la procédure des conventions réglementées.

La souscription à une augmentation de capital semble également être une opération échappant à la procédure de contrôle des conventions réglementées car la décision

d'augmentation relève plutôt de la notion d'acte unilatéral ou d'opération à caractère « institutionnel » et ne constitue probablement pas une opération à caractère conventionnel (en dépit de la rédaction de l'article L 225-143 du Code de commerce) pour la société qui souscrit. Elle ne devrait donc pas faire l'objet, en principe, de la procédure de contrôle.

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

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

Tel est le cas en particulier de **certaines opérations de restructurations** (fusions, scissions, apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions) qui relèvent de la compétence de l'Assemblée en vertu d'un texte spécial (art L 236-1 du Code de commerce) et ne sont pas soumises à la procédure de contrôle des conventions dites « réglementées ». Dans l'hypothèse d'apports en nature non soumis au régime des scissions, il semble que la procédure ne s'applique pas chez la société bénéficiaire de l'apport car l'AGE se prononce sur l'évaluation de l'apport ; en revanche, la procédure est applicable chez la société apporteuse car l'AGE de cette dernière ne se prononce pas à l'occasion de l'apport (communication ANSA avril - juin 1999, 3006).

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

Dans les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé, le contrôle est plus strict puisque la loi soumet à la procédure des conventions réglementées les engagements conclus par ces sociétés en faveur de leurs dirigeants, et correspondant :

- à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de leurs fonctions, ou postérieurement à celles-ci (article L 225-42-1 du Code de commerce). Sont ainsi visées les indemnités de départ, les compléments de retraite et les "golden parachutes" ;
- à des engagements de retraite à prestations définies (dites « retraites chapeau »).

Lesdits engagements sont par ailleurs soumis au respect de conditions de performance.

Le texte vise également les engagements pris en vertu d'un contrat de travail par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou contrôlant la société dont la personne est nommée dirigeant (article L 225-22-1 du Code de commerce).

S'agissant des **stock-options** (art L 225-177 du Code de commerce), la question se pose de savoir si les levées d'options effectuées dans le cadre d'un plan de stock-options classique, durant l'exercice social, dont certains des bénéficiaires sont des dirigeants de la société ayant mis en place le plan de stock-options, entrent dans le champ des rémunérations telles que décrites à l'alinéa 2 de l'article L. 225-42-1 du Code de commerce et sont donc soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées.

Pour l'ANSA, les options accordées durant l'exercice social, sans être liées à la cessation du mandat, mais qui visent, au contraire, à fidéliser et à récompenser l'activité du dirigeant *« sont uniquement soumises au régime des stock-options. En effet, les régimes des stock-options déroge, par principe, en raison de sa spécialité, à celui des conventions réglementées »*.

3. Les conventions soumises aux procédures de contrôle

3.1. Les conventions entre la société et ses dirigeants ou associés

3.1.1. Les personnes visées sont :

- **Dans les sociétés anonymes (SA)**

Sont soumises à la procédure des conventions réglementées, les conventions conclues entre la société et :

- Le Directeur Général,
- Les Directeurs Généraux Délégués,
- Les administrateurs, (en ce compris les personnes morales),
- Les membres du Directoire ou du Conseil de Surveillance,
- Le Représentant permanent des administrateurs ou membres du Conseil de Surveillance personnes morales car ceux-ci sont soumis aux mêmes conditions et obligations que s'ils étaient administrateurs ou membres du Conseil de Surveillance.

Mais aussi celles conclues entre la société et :

- Un actionnaire, personne physique ou morale, disposant de plus de 10% des droits de vote,
- Toute société contrôlant une société actionnaire qui détient plus de 10% des droits de vote.

Pour apprécier le seuil de 10 % des droits de vote, il conviendra, le cas échéant, de prendre en compte les actions à droit de vote double, les certificats de droit de vote, les actions d'auto détention et d'autocontrôle...

La loi ne vise que « la » société contrôlant la société actionnaire. Conformément à la position de la CNCC et de la Chancellerie, il convient d'adopter une conception large de cette notion et d'appliquer la procédure des conventions réglementées aux conventions conclues avec toute société faisant partie de la chaîne de contrôle de la société actionnaire. En revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte du contrôle conjoint (article L233-3 ali 3) exercé sur la société actionnaire par des sociétés agissant de concert³.

Par ailleurs, si une convention est passée avec une société sous le contrôle de la même société actionnaire (hypothèse de la société sœur), il conviendra de s'interroger sur le point de savoir si la société actionnaire n'est pas indirectement intéressée à la convention (auquel cas il faudrait soumettre la convention à la procédure des conventions réglementées) mais il n'existe surtout pas d'automaticité en la matière (cf. paragraphe 3.1.2. ci-après).

- **Dans les sociétés en commandite par actions (SCA)**

La procédure de contrôle des conventions réglementées (Art L 226-10) est applicable dans la SCA lorsqu'il s'agit d'une convention entre la société et :

- L'un de ses gérants ou l'un des membres du Conseil de Surveillance,

³ Bull. CNCC juin 2002 p 145

- L'un de ses actionnaires disposant de plus de 10% des droits de vote ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant.

- **Dans une société à responsabilité limitée (SARL) :**

Procédure des conventions réglementées applicable, selon L 223-19 du code de commerce, pour les conventions conclues entre la société et :

- L'un de ses gérants ou associés.

- **Dans une Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) :**

Les règles applicables sont quasiment similaires à celles prévues pour la SARL. Sont donc concernés :

- L'associé unique et/ou le gérant.
Néanmoins, contrairement à la procédure appliquée dans les sociétés pluripersonnelles, il n'est pas nécessaire que le gérant ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes établisse un rapport spécial sur la convention.

- **Dans les sociétés par actions simplifiées (SAS) :**

L'article L 227-10 alinéa 2 vise :

- Le Président, le Directeur Général, le Directeur Général Délégué ou les autres dirigeants (la qualité de ceux-ci dépendant du type d'organisation mis en place par les associés).

Si la loi considère le « dirigeant » comme étant la personne qui dispose effectivement d'un pouvoir de direction, en pratique, la prudence conduit à entendre cette notion plus largement et à y inclure dès lors les membres du Conseil de surveillance. C'est d'ailleurs l'analyse qui en est faite par l'ANSA⁴ et le CNC.

- **Personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique :**

- Les conventions visées sont celles conclues par une telle entité et un de ses dirigeants (administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social), directement ou par personne interposée. Sont également concernées les conventions qui lient l'entité à une personne morale (et non plus simplement à une « société » depuis le 15 février 2009) dont un associé indéfiniment responsable, un gérant, un administrateur, le directeur général, un directeur général délégué, un membre du directoire ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % est simultanément administrateur ou assure un rôle de mandataire social dans ladite association.

3.1.2. La notion d'intérêt indirect

Les textes sur les sociétés anonymes (art. L 225-38 – L 225-86) et les sociétés en commandite par actions (art. L 226-10) visent non seulement les conventions entre la société et ses dirigeants ou actionnaires, mais disposent également que la procédure de contrôle est

⁴ Communiqué ANSA novembre-décembre 1995

applicable lorsque le dirigeant ou actionnaire, sans être personnellement partie au contrat, est **indirectement intéressé** à celui-ci.

La notion d'intérêt indirect n'a jamais été définie par la réglementation. Il s'agit d'une notion relativement protéiforme que les juges s'efforcent de préciser. Ainsi, s'agissant des dirigeants sociaux, la jurisprudence l'assimile souvent au profit personnel tiré d'une convention conclue avec un tiers ; mais elle relève aussi, pour le caractériser, le fait d'avoir, auprès d'une société cocontractante, « *des intérêts suffisamment importants pour infléchir la politique de cette société* »⁵ dans ses relations avec la société dont il est mandataire social.

A titre d'exemple, on citera le cas de la convention conclue entre la société et une autre société dans laquelle le dirigeant ou l'actionnaire détiendrait une participation importante. Elle suppose, toutefois, que le dirigeant ou l'actionnaire concerné tire profit de la convention bien qu'il ne soit pas partie à celle-ci.

On relèvera cependant, que dans un arrêt rendu le 23 octobre 1990, la Haute Juridiction a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui avait annulé des conventions conclues entre une SA et une SARL au motif que le président du conseil d'administration de la SA était le père des deux seuls associés de la SARL. Selon les juges, ces faits suffisaient à caractériser l'existence d'un intérêt indirect.

En l'état actuel de la jurisprudence, cette notion d'intérêt indirect ne saurait néanmoins être invoquée de manière extensive pour soumettre par principe au contrôle toutes les conventions intra groupe en particulier les conventions entre sociétés sœurs n'ayant pas de dirigeants communs au seul motif que l'« *actionnaire commun* » est nécessairement indirectement intéressé ou encore les conventions qui interviennent entre sociétés n'ayant pas de dirigeants communs et dans lesquelles les dirigeants ne tirent à titre personnel aucun profit.

Une définition de cette notion d'intérêt indirect a été suggérée par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP) et reprise par l'AMF⁶ : « *Est considérée comme étant indirectement intéressée à une convention à laquelle elle n'est pas partie, la personne qui, en raison des liens qu'elle entretient avec les parties et des pouvoirs qu'elle possède pour infléchir leur conduite, en tire un avantage* ». Il nous semble raisonnable de s'y référer.

On peut faire observer à cet égard que, depuis la loi du 1^{er} août 2003, le législateur a considéré que toute convention entre une société et l'un de ses actionnaires disposant de plus de 10 % des droits de vote (ou la société contrôlante) relevait chez ladite société du champ des conventions réglementées ce qui signifie bien que les conventions intra-groupe sont dans certains cas seulement soumis à la procédure de contrôle.

En effet, en raisonnant a contrario, en dehors du cas où il existe des dirigeants communs, la procédure des conventions réglementées n'est pas applicable chez l'associé détenant 10 % du cocontractant (ou la société contrôlante) ou en cas de convention conclue entre société sœurs. Dans ce dernier cas, on ne peut soutenir que l'actionnaire contrôlant la société est automatiquement "indirectement intéressé" du seul fait qu'il contrôle également la société contractante. Le seul fait d'avoir un actionnaire contrôlant commun ne saurait, à notre avis, caractériser l'intérêt indirect de celui-ci au sens des articles L 225-38 et L 225-86 du Code de commerce. Une appréciation au cas par cas de l'intérêt indirect est ici nécessaire.

3.1.3. La notion de personne interposée

Les textes visent également les conventions dans lesquelles le dirigeant traite avec la société par « personne interposée ».

⁵ Cass. com. 4 oct. 1988, Rev. sociétés 1989, p. 216, note Y. Chaput

⁶ Proposition n° 22 de la recommandation AMF n° 2012-05 du 2 juillet 2012

Ce concept est une notion couramment utilisée par les juristes. On la rencontre notamment en droit des incapacités et des libéralités (C.civil articles 911, 1125-1...) ainsi que dans de nombreux cas en droit commercial.

L'interposition de personne est une question qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, ont été considérées comme des personnes interposées l'épouse du président (Cass. Com. 23 janvier 1968) et **un prête nom** qui avait acquis des biens sociaux grâce à des fonds procurés par le dirigeant avec qui la société avait refusé de traiter directement (Cass. Com. 7 mars 1977).

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

3.2. Les conventions entre une SA ou une SCA et une autre entreprise

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

Les articles L 225-38 et L 225-86 du code de commerce visent également les conventions intervenant entre la société et une entreprise, si un dirigeant de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

La notion d'« entreprise » est très large. Elle englobe en particulier les sociétés commerciales, les sociétés civiles, les entreprises individuelles, les GIE et même les associations dès lors qu'elle exerce une activité économique.

Par ailleurs, la réglementation s'applique également aux conventions conclues entre une société française et une entreprise étrangère⁷. La notion de « dirigeant » s'analysera alors au regard des concepts du droit français afin de vérifier si les fonctions qui lui sont dévolues sont assimilables à celles qui incombent au dirigeant en droit interne.

3.2.1. Les conventions entre une SA et une entreprise ayant des dirigeants communs

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

- d'une part, au niveau de la SA, les administrateurs, directeurs généraux, directeurs généraux délégués, membres du Directoire ou du Conseil de surveillance pour les sociétés anonymes,
- d'autre part, au niveau de l'entreprise, les administrateurs, les directeurs généraux, directeurs généraux délégués, les gérants, les membres du directoire ou du Conseil de surveillance et, de façon générale, tous les dirigeants de cette entreprise.

3.2.2 Les conventions entre une SCA et une entreprise ayant des dirigeants communs

La notion de dirigeants communs concerne :

- d'une part, au niveau de la SCA, les gérants et membres du Conseil de surveillance et
- d'autre part, au niveau de l'entreprise, les administrateurs, les gérants, les directeurs généraux, les membres du Directoire ou Conseil de surveillance de cette entreprise.

3.2.3. Les autres conventions entre une SA ou une SCA et une entreprise.

Sont également soumises à autorisation préalable du Conseil d'Administration (SA) ou du Conseil de Surveillance (SCA) de la société, les conventions entre une société et une entreprise, si l'un des dirigeants (administrateur, directeur général, directeur général délégué,

⁷ Bulletin CNCC décembre 2004 p 706

membre du Directoire, membre du Conseil de surveillance pour les SA ou gérant et membre du Conseil de surveillance pour les SCA) de la société est :

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

– Associé indéfiniment responsable. En pratique, il s'agit du cas où le dirigeant est associé d'une SNC (cas d'une société du groupe TF1 dans laquelle TF1 est administrateur et qui conclut une convention avec la SNC BOUYGUES RELAIS), d'une Société Civile ou commandité dans une société en commandite.

3.3. Les conventions entre une SARL / EURL et une autre société

Sont soumises à la procédure des conventions réglementées « *les conventions passées avec une **société** dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée⁸* ».

L'article L 223-19 ne vise expressément que les conventions conclues entre la SARL et une autre « société ». Il semble donc que ces dispositions ne soient pas applicables à des conventions conclues avec d'autres personnes morales comme des GIE ou des associations par exemple.

B – L'EXCEPTION

Echappent aux procédures de contrôle (autorisation - approbation) :

- dans les SA et les SCA⁹ – **les conventions conclues entre « deux sociétés dont l'une détient, directement ou indirectement, la totalité du capital de l'autre, le cas échéant déduction faite du nombre minimum d'actions requis pour satisfaire aux exigences de l'article 138 du Code civil ou des articles L.225-1 et L.226-1 du Code de commerce »** (articles L. 225-39 et L. 225-87 modifiés¹⁰ (SA), et article L. 226-10 (SCA)). Dans les cas où la procédure a vocation à s'appliquer dans les deux sociétés, elle est exclue tant chez la mère que chez la fille ;
- dans les SA, SCA, SARL et SAS – **les conventions dites « libres » car portant sur des « opérations courantes et conclues à des conditions normales »** (article L 225-39 et L 225-87 (SA), L 226-10 (SCA), L 223-20 (SARL), L 227-11 (SAS)).

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

Sur ce point, la position groupe pourra parfois être plus restrictive que celle de la CNCC, compte tenu des enjeux (risque de nullité des conventions) et de la nécessaire prudence qui, de notre point de vue, est de mise pour l'interprétation de ce texte.

⁸ Article L 223-19 du Code de commerce

⁹ On notera que les SAS ne sont pas visées, l'article L.227-10 du Code de commerce n'ayant pas été modifié, probablement du fait de l'absence d'autorisation préalable à la conclusion de la convention.

¹⁰ Articles 6 et 9 de l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n°2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

1. Opérations courantes

L'interprétation de cette notion d'opérations courantes constitue probablement l'une des questions les plus délicates des conventions réglementées.

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

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

La Cour de Cassation (i) (Cass. Com 21 avril 1977) a considéré que constituaient des opérations courantes les conventions que réalise la société de manière habituelle et relevant de son activité statutaire (objet social), (ii) ou encore (Cass. Com 1-10-1996) les opérations qui sont effectuées par la société dans le cadre de son activité ordinaire et s'agissant d'actes de disposition, arrêtées à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à des opérations habituelles.

La Cour de cassation considère également que le caractère unique d'une convention est exclusif de la qualification d'opération courante (Cass. Com 11 mars 2003).

Au sens strict, la jurisprudence de 1977 pourrait être considérée comme limitative puisqu'elle ne viserait que les conventions qui contribuent directement à la réalisation de l'objet effectif de la société (c'est-à-dire, en pratique, principalement celles qui sont conclues habituellement avec les « clients » de la société et qui constituent véritablement son activité ordinaire).

Cependant une telle définition s'apprécie à la lumière de la rédaction des statuts des sociétés. Si l'on considère la rédaction de nombreux statuts de sociétés commerciales, on constate que l'objet social comporte très souvent, en dehors de l'activité proprement dite, des dispositions très générales comme : « toutes opérations techniques, commerciales et financières se rattachant à l'objet ci-dessus ou à tous autres similaires ou connexes ... ».

La référence à la notion « d'activité statutaire » peut dès lors laisser une marge de manœuvre plus importante pour définir cette notion d'opération courante.

On notera, à cet égard, que les statuts de nombreuses sociétés prévoient la possibilité d'acquérir des participations dans d'autres sociétés et, qu'en conséquence (principalement pour les sociétés holdings), même l'achat ou la cession de titres peut relever de l'article L 225-39, en fonction des circonstances et des conditions de l'opération.

Il apparaît par conséquent que la procédure de contrôle est applicable à certaines conventions qui, bien qu'étant fréquemment conclues par les sociétés dans le cadre de leur activité, ne constituent pas directement l'exercice de ladite activité.

On constate, par ailleurs, comme on l'a vu, que la CNCC fait parfois une analyse moins stricte puisque, s'agissant des conventions intra groupe, la notion d'opération courante n'est pas appréciée au niveau de la société dont il est question mais au niveau des groupes de sociétés en général.

A tout le moins convient-il de conserver un principe de cohérence et de continuité dans l'interprétation de cette notion au niveau de chaque société. C'est aux juristes d'apprécier *in fine*, en fonction des circonstances, si une convention constitue ou non une « opération courante ».

2. Opérations conclues à des conditions normales

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

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

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

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

Afin d'éviter de soumettre un nombre trop élevé de conventions à la procédure d'approbation préalable par le CA, il peut être tentant de considérer que les « conventions mineures » ou « de faible importance » sur le plan financier ne doivent pas être soumises à la procédure des conventions réglementées.

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

A l'inverse, comme on l'a vu, pour les conventions à fort enjeu financier la prudence impose également de les soumettre, dans la plupart des cas, à la procédure de contrôle. Ici encore, en fonction des circonstances de l'espèce et de la situation particulière du métier, il appartient au juriste de se prononcer.

4. Le cas des conventions intra groupe

Il s'agit bien évidemment de la question centrale pour les juristes du groupe.

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

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

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

En ce qui concerne l'appréciation des « conditions normales » de l'opération, il faudra veiller à prendre en considération l'ensemble des contreparties liées à l'appartenance au groupe (Bull. COB N° 138 – Juin 1981¹¹) car le prix ne peut constituer le seul critère de référence.

4.2. Autres opérations spécifiques aux groupes de sociétés

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

La Doctrine et la CNCC privilégient le plus souvent une approche qui prend en considération la notion d'opération courante « au sein d'un groupe de sociétés », ce qui les amène à présumer

¹¹ Cf Annexe 2

le caractère « courant » de ces conventions et à s'attacher plutôt aux conditions desdites opérations en vérifiant si elles sont ou non conclues à des « conditions normales » au regard des critères sus énoncés, ce qui suppose une analyse approfondie desdites conventions et peut générer de possibles divergences d'interprétation.

La jurisprudence récente va en ce sens s'agissant d'une convention de trésorerie (CA Versailles 2 avril 2002).

L'appréciation des "conditions normales" et du niveau de facturation desdites transactions intra-groupe est en revanche une question nettement plus délicate.

A titre d'exemple, la Cour d'appel de Paris a jugé dans un arrêt du 17 octobre 2003 que les facturations résultant de conventions de services communs sont normales quand elles sont effectuées au prix de revient ou avec une marge raisonnable destinée à couvrir les frais indirects non affectés.

Le Groupe considère, compte tenu de la spécificité et de l'originalité de ces conventions et enfin de l'objet de la réglementation (ordre public de protection → protection de la société et de ses dirigeants, des minoritaires, des créanciers sociaux), qu'il est prudent et opportun, en l'état de la réglementation, de considérer que la plupart sinon l'ensemble de ces conventions doivent être soumises aux procédures de contrôle, à l'exception peut-être (i) des conventions de détachement de personnel (très fréquentes et toujours facturées au prix de revient à la société utilisatrice à cause du délit de marchandage) ou (ii) des conventions dont les enjeux financiers seraient très faibles, ou encore (iii) des conventions pour lesquelles les conditions normales sont indiscutables (selon le juriste).
