

CONVENTION REGLEMENTEE – AVANCE DE TRESORERIE – ABUS DE BIENS SOCIAUX

Des opérations ponctuelles de trésorerie entre des sociétés ayant directement ou indirectement des liens de capital ne contreviennent pas nécessairement au monopole bancaire de l'article L. 511-5 CMF (oui) – Application systématique de la procédure des conventions réglementées (non) – Caractérisation systématique du délit d'abus de biens sociaux (non)

Des prêts entre sociétés peuvent ne pas contrevenir au monopole des établissements de crédit et sociétés de financement si ceux-ci consistent en des opérations ponctuelles et qu'il n'existe pas d'opérations régulières de trésorerie entre ces sociétés.

Les conventions de prêt mentionnées ci-dessus ne peuvent être qualifiées de conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales mais l'application de la procédure des conventions réglementées nécessite le respect des conditions propres à cette procédure.

Le commissaire aux comptes doit analyser si les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux sont réunis, en fonction des caractéristiques du prêt et de la situation financière de la société emprunteuse notamment, et en tirer le cas échéant les conséquences au regard de ses obligations de révélation des faits délictueux.

(EJ 2022-15)

Un groupe familial est composé d'une holding (SAS H1) et de trois filiales (SARL A, SAS B et SARL C). Lesdites filiales sont détenues majoritairement par la holding et, pour le reste, par les enfants du fondateur. La holding, quant à elle, est détenue par le fondateur et sa famille. Des membres de la famille dirigent chacune des sociétés.

Ce groupe détient un autre groupe composé d'une holding (H2) et d'une filiale (SARL SF2) détenue à 99 % par H2 et 1 % par H1. La filiale SF2 détient 100 % de la SAS Y. Les dirigeants sont, là aussi, des membres du groupe familial. Une autre filiale (X) a été cédée par H2 à ses cadres dirigeants avec un crédit vendeur de 500 K€. Par ailleurs, la SARL A détient une créance client de 450 K€ sur la SAS Y.

La SARL A, qui appartient au premier groupe, possède une trésorerie excédentaire et a consenti en septembre N un prêt de 500 K€ à la holding H2 du second groupe au taux de 1,5 % par an. Ce prêt se terminant en septembre N+4 serait garanti par le remboursement à H2 du crédit vendeur résultant de la vente de la filiale X.

La SARL A a consenti en mars N+1 à la SAS Y un prêt de 500 K€ au taux de 2 % sur cinq ans, par un virement financier de 50 K€ et la transformation de la créance client de 450 K€ qu'elle détenait sur la SAS Y.

Question :

Quelle qualification juridique revêtent des opérations de prêts entre des sociétés n'appartenant pas au même groupe mais ayant des actionnaires communs ?

*

1. Analyse au regard du monopole des établissements de crédit

La Commission des études juridiques rappelle que l'article L. 511-5 du code monétaire et financier dispose, dans son premier alinéa :

« Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel ».

Des exceptions à cette interdiction sont prévues respectivement aux articles L. 511-6 et L. 511-7 du même code :

L'article L. 511-6 dispose :

*« [...] L'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique pas :
[...]*

3 bis. Aux sociétés commerciales dont les comptes du dernier exercice clos ont fait l'objet d'une certification par un commissaire aux comptes ou qui ont désigné volontairement un commissaire aux comptes dans les conditions définies au II de l'article L. 823-3 du code de commerce et qui consentent, à titre accessoire à leur activité principale, des prêts à moins de trois ans à des microentreprises, des petites et moyennes entreprises ou à des entreprises de taille intermédiaire avec lesquelles elles entretiennent des liens économiques le justifiant. L'octroi d'un prêt ne peut avoir pour effet d'imposer à un partenaire commercial des délais de paiement ne respectant pas les plafonds légaux définis aux articles L. 441-10 à L. 441-13 du code de commerce. Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions et les limites dans lesquelles ces sociétés peuvent octroyer ces prêts.

Les prêts ainsi accordés sont formalisés dans un contrat de prêt, soumis, selon le cas, aux articles

L. 225-38 à L. 225-40 ou aux articles L. 223-19 et L. 223-20 du même code. Le montant des prêts consentis est communiqué dans le rapport de gestion et fait l'objet d'une attestation d'un commissaire aux comptes selon des modalités prévues par décret en Conseil d'Etat. [...] ».

Selon l'article L. 511-7 :

« I. – Les interdictions définies à l'article L. 511-5 ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse :

[...]

3. Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ; [...] ».

L'article R. 511-2-1-2 du code monétaire et financier fixe les conditions et les limites dans lesquelles les prêts mentionnés au 3 bis de l'article L. 511-6 précité peuvent être octroyés :

« Une entreprise ne peut consentir un prêt mentionné au 3 bis de l'article L. 511-6 que lorsque les quatre conditions suivantes sont remplies :

1° A la date de clôture de chacun des deux exercices comptables précédant la date d'octroi du prêt, les capitaux propres de l'entreprise prêteuse sont supérieurs au montant du capital social et l'excédent brut d'exploitation est positif ;

2° La trésorerie nette définie comme la valeur des actifs financiers courants à moins d'un an, minorée de la valeur des dettes financières courantes à moins d'un an, constatée à la date de clôture de chacun des deux exercices comptables de l'entreprise prêteuse précédant la date d'octroi du prêt est positive ;

3° Le montant en principal de l'ensemble des prêts accordés en vertu du 3 bis de l'article L. 511-6 par une même entreprise au cours d'un exercice comptable ne peut être supérieur à un plafond égal au plus petit des deux montants suivants :

a) 50 % de la trésorerie nette ou 10 % de ce montant calculé sur une base consolidée au niveau du groupe de sociétés auquel appartient l'entreprise prêteuse ;

b) 10 millions d'euros, 50 millions d'euros ou 100 millions d'euros pour les prêts accordés respectivement par une petite ou moyenne entreprise, une entreprise de taille intermédiaire ou une grande entreprise, selon les définitions de l'article 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique ;

4° Le montant en principal de l'ensemble des prêts accordés par une même entreprise à une autre entreprise au cours d'un exercice comptable ne peut être supérieur au plus grand des deux montants suivants :

a) 5 % du plafond défini au 3° ;

b) 25 % du plafond défini au 3° dans la limite de 10 000 € ».

En l'espèce, les éléments fournis ne permettent pas de déterminer si les plafonds du 3 bis de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier sont dépassés mais les contrats de prêt, d'une durée de quatre et cinq ans respectivement, ne respectent pas la condition de durée maximale de trois ans fixée par ledit 3 bis. L'exception prévue par cet article ne s'applique donc pas aux prêts décrits.

Par ailleurs, la Commission observe que les sociétés Y et A ne remplissent pas la condition posée par le 3 du I de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier dans la mesure où aucune des deux sociétés concernées par le prêt ne détient le contrôle direct ou indirect de l'autre société, en l'absence d'un lien capitalistique suffisant. Il en est de même pour les sociétés H2 et A.

Toutefois, la Commission rappelle la doctrine constante de la CNCC, dont fait état en particulier la réponse EJ 2013-10¹, selon laquelle une opération de crédit isolée, à l'extérieur d'un groupe, n'est pas une opération habituelle au sens de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier et ne relève donc pas des interdictions passibles des sanctions prévues à l'article L. 571-3 du même code.

Les spécialistes de droit bancaire² soulignent que : « *l'appréciation de l'habitude est délicate (...). La Cour de cassation laisse aux juges du fond le soin d'apprécier si le nombre d'opérations de banque accomplies caractérise l'habitude*³. Elle veille toutefois à ce que la motivation soit suffisamment précise. Il a été jugé que la condition d'habitude n'est pas nécessairement remplie si plusieurs prêts ont été consentis à la même personne⁴ ».

Dans son ouvrage de Droit pénal général⁵, le Professeur Bouloc fait le même constat que ses collègues commercialistes : « *Quand peut-on dire qu'il y a habitude ? (...). Pour qu'il y ait habitude, il n'est pas nécessaire que les actes aient été accomplis à l'égard de personnes différentes⁶ ; elle existe même s'ils l'ont été à l'encontre d'une seule et même personne*⁷. Il n'est pas nécessaire, non plus, que le nombre des actes soit élevé ; d'après la jurisprudence, deux peuvent suffire pour constituer l'habitude punissable⁸ ».

Compte tenu de ces positions doctrinales et jurisprudentielles, la Commission considère que, si l'analyse menée par le commissaire aux comptes des deux prêts montre qu'il s'agit d'opérations ponctuelles et qu'il n'existe pas d'opérations régulières de trésorerie entre les sociétés H2 et A ou A et Y, ces opérations peuvent ne pas contrevenir au monopole des établissements de crédit et sociétés de

¹ Bull. CNCC n° 173, mars 2014, p. 73.

² C. Gavalda et J. Stoufflet *Droit bancaire*, LexisNexis, 9ème éd. 2015, § 53.

³ Crim. 27 fév. 2001, Bull. crim. 2001, n° 46.

⁴ Crim. 2 mai 1994, Bull. crim. 1994, n° 158.

⁵ Précis Dalloz, 27ème éd., 2021, § 243.

⁶ Crim. 21 oct. 2008, Bull. crim. n° 211.

⁷ Crim. 8 déc. 1993, Bull. crim. n° 379.

⁸ Crim. 24 mars 1944, D.A 1944, 75.

financement institué par l'article L. 511-5 du code monétaire et financier. Il appartiendra au commissaire aux comptes de déterminer si la répétition de ces opérations n'est pas susceptible de leur donner un caractère habituel.

2. Analyse au regard des dispositions relatives aux conventions réglementées

Si l'analyse mentionnée au paragraphe 1 permet de conclure que les prêts concernés ne contreviennent pas aux dispositions de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier, la Commission précise qu'il conviendra que le commissaire aux comptes s'interroge sur l'application à ces prêts, chez A, dont il est commissaire aux comptes, du régime des conventions réglementées, les sociétés A, H2 et Y ayant des actionnaires indirects communs.

La Commission rappelle que l'article L. 223-19 du code de commerce, applicable à la SARL A, dispose :

« Le gérant ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'assemblée ou joint aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés. L'assemblée statue sur ce rapport. Le gérant ou l'associé intéressé ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Toutefois, s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé et que la convention est conclue avec celui-ci, il en est seulement fait mention au registre des décisions.

Les conventions non approuvées produisent néanmoins leurs effets, à charge pour le gérant, et, s'il y a lieu, pour l'associé contractant, de supporter individuellement ou solidairement, selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société.

Les dispositions du présent article s'étendent aux 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 limitée ».

Les conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales échappent à ce formalisme en application de l'article L. 223-20 du code de commerce. Au cas d'espèce, la Commission estime, au regard de l'analyse menée au paragraphe 1, que les conventions de prêt mentionnées ci-dessus ne peuvent être qualifiées de conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.

Les sociétés H2 et A ont des associés en commun, tous les enfants du fondateur étant associés de H2 et trois d'entre eux étant associés de A. Toutefois, ni le gérant de A ni ses associés n'ont de fonction dans H2 qui répond aux conditions du cinquième alinéa de l'article L. 223-19 précité.

Concernant les sociétés A et Y, il ressort des informations transmises à la Commission que le gérant de A n'est pas dirigeant de Y et que les deux sociétés n'ont pas d'associé commun.

Les éléments ci-dessus conduisent la Commission à considérer que la procédure des conventions réglementées ne trouverait à s'appliquer qu'en cas d'interposition de personnes. Or, celle-ci ne se présume pas, ainsi qu'il ressort en particulier de l'étude juridique de la CNCC de mai 2004 : « *Les conventions entre les entités et les personnes « intéressées »* ».

Ladite étude conclut également :

« L'interposition de personne n'existe que du côté du bénéficiaire de l'opération de crédit. Les dispositions légales ne prohibent pas l'interposition du côté de la société fournissant le crédit. Ainsi, dans un groupe de sociétés, l'une d'elles ne peut prêter directement à l'un de ses

administrateurs, personne physique ; rien n'interdit, en revanche, à une autre société du groupe de consentir ce prêt, sous réserve de conformité à l'objet social, dès lors que le bénéficiaire n'exerce pas au sein de cette société l'une des fonctions visées par les textes. Néanmoins, l'existence d'un intérêt indirect pourrait être invoquée ».

La Commission considère donc que les opérations de crédit décrites ci-dessus, dès lors qu'elles seraient considérées comme ne contrevenant pas aux dispositions de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier, ne relèvent pas, dans la SARL A, de la procédure des conventions réglementées.

3. Analyse au regard des dispositions pénales

L'article L. 241-3 du code de commerce dispose :

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :

[...]

4° Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement [...] ».

L'article L. 241-9 du même code étend ces dispositions « à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal ».

Le délit d'abus des biens sociaux est ainsi caractérisé par trois éléments, outre l'élément intentionnel :

- Un usage abusif des biens ou du crédit d'une société ;
- Un usage contraire à l'intérêt social ;
- Dans un but personnel ou pour favoriser une entreprise dans laquelle les gérants sont directement ou indirectement intéressés.

L'usage contraire à l'intérêt social est en particulier caractérisé en l'absence de contrepartie pour la société concernée.

En conclusion, la Commission considère qu'il appartiendra au commissaire aux comptes d'analyser, en fonction des caractéristiques du prêt et de la situation financière de la société emprunteuse en particulier, si les trois éléments mentionnés ci-dessus sont caractérisés et d'en tirer, le cas échéant, les conséquences au regard de ses obligations de révélation des faits délictueux.